



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS DISCURSOS DO ÓDIO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Priscilla Bertoloze da Silva

**CURSO DE MESTRADO CIENTÍFICO EM
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**LISBOA
2018**



UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – DIREITOS FUNDAMENTAIS

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS DISCURSOS DO ÓDIO E A
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Priscilla Bertoloze da Silva

Orientadora: Professora Doutora Raquel Alexandra de Jesus Gil Martins Brízida Castro

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração de Direitos Fundamentais, no ciclo de estudos do Mestrado em Ciências Jurídicas – Direitos Fundamentais, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação da Professora Doutora Raquel Alexandra de Jesus Gil Martins Brízida Castro.

Lisboa

2018

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS DISCURSOS DO ÓDIO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Priscilla Bertoloze da Silva

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração de Direitos Fundamentais, no ciclo de estudos do Mestrado em Ciências Jurídicas – Direitos Fundamentais, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação da Professora Doutora Raquel Alexandra de Jesus Gil Martins Brízida Castro.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. _____

Orientadora: Professora Dra. Raquel Alexandra de Jesus Gil Martins Brízida Castro

Prof. Dr. _____

Arguente

Prof. Dr. _____

Examinador

Prof. Dr. _____

Examinador

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pois, sem Ele eu nada seria, é o seu grande amor que me dá forças e me sustenta a cada dia. Agradeço, também, aos meus pais, Deucir e Vera, pelo amor incondicional, por acreditarem em mim e por terem me dado a oportunidade de chegar até aqui. Aos meus irmãos, Paolla e Pablo, pessoas essenciais na minha vida. Ao meu amor, Joachim, pois sem o seu amor nada disso seria possível. Por fim, agradeço muitíssimo à Professora Doutora Raquel Alexandra de Jesus Gil Martins Brízida Castro, por toda paciência e dedicação com que me orientou, bem como pelos conselhos e conhecimentos compartilhados. Essa vitória também é de vocês!

Não concordo com nem uma das palavras que me diz, mas lutarei até com minha vida se preciso for, para que tenhas o direito de dizê-las.

Voltaire

RESUMO

A Liberdade de Expressão é considerada como um direito preexistente ao estado. Desde os primórdios, a comunicação é uma necessidade básica do ser humano, sem a qual não se conseguiria alcançar a própria realização como pessoa, visto que tal direito é inerente a todos os homens.

Sendo assim, a restrição à liberdade de expressão é uma das mais graves violações à autonomia individual que se pode conceber, uma vez que a capacidade de comunicação do indivíduo representa uma das mais relevantes dimensões da sua própria humanidade.

Ademais, ao restringir a liberdade de expressão, o Estado irá violar, também, a dignidade da pessoa humana, uma vez que a autonomia individual é um dos elementos essenciais da dignidade.

Além disso, não se pode, sequer, imaginar a idéia de um Estado Democrático de Direito em que não esteja presente a liberdade de expressão, pois sem o livre acesso as informações necessárias um governo perverso, por exemplo, poderia mascarar essas informações e se fazer passar por um governo democrático, visto que somente através do confronto livre de opiniões seria possível chegar a uma verdade real.

O Estado não pode agir de forma paternalista, privando as pessoas de certas opiniões por creditar que estes pontos de vistas não trazem benefícios para a sociedade, mas que pelo contrário, poderiam fazer com que as pessoas façam escolhas erradas. Caso as autoridades assim procedam, irão manipular a forma de pensar das pessoas e negando ao indivíduo o direito de fazer suas próprias escolhas.

Desta forma, é inadmissível aceitar a ideia de que um governo que se diz democrático prive os seus cidadãos de uma das suas necessidades mais básicas sob o argumento de que certas ideias são “odiosas” e os tornam desiguais. A pessoa adulta e civilmente capaz não precisa de um Estado que a “infantilize”, mas sim de um Estado que a trate como um ser racional apto para descobrir suas verdades através de um confronto de ideias livre, franco e justo e sem massificação de ideias.

Palavras-chaves: liberdade de expressão; democracia; intervenção estatal; conflito de direitos; discurso do ódio; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

Freedom of expression is considered to be pre-existent right to the state. From the beginning, communication is a basic necessity of the human being, without which one could not achieve its own fulfillment as a person, since this right is inherent in all people.

Thus, restricting freedom of expression is one of the most serious violations of individual autonomy that can be conceived, since the individual's capacity for communication represents one of the most relevant dimensions of its own humanity. Besides that, restricting freedom of expression, the state will also violate the human dignity, since individual autonomy is one of the essential elements of dignity.

Furthermore, one can not even imagine the idea of a democratic state of law in which freedom of expression is not present, without the necessary information a perverse government, for example, could mask this information and start to look like a democratic government, since only through free confrontation of opinions would it be possible to arrive at a real truth.

The State can not act in a paternalistic way, depriving people of some opinions for believing that these different opinions do not bring benefits to society, but that on the contrary, they could cause people to make wrong choices. If the authorities do this, they will manipulate people's thinking and deny the individual the right to make their own choices.

It is therefore unacceptable to agree with the idea that a government that claims to be democratic deprives its citizens of one of their most basic needs on the grounds that certain ideas are "odious" and make them unequal. The adult and civilly capable person does not need to state that "infantilizes" it, but a state that treats it as a rational being able to discover its truths through a free, frank and fair confrontation of ideas and without massification of ideas.

Keywords: freedom of expression; democracy; State intervention; conflict of rights; speech of hate; human dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO	11
1.1 Histórico	11
1.2 Constitucionalização das Liberdades de Comunicação	15
1.3 Conceito de Liberdade de Expressão	21
2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	31
2.1 Liberdade de Expressão e a Democracia	31
2.2 Estudo do Direito comparado	35
2.2.1 Brasil	35
2.2.2 Estados Unidos da América	41
2.2.3 Portugal	47
2.2.4 Outras Proteções Constitucionais e Internacionais à Liberdade de Expressão.....	54
2.3 A Intervenção Estatal	62
3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	67
4 CONFLITO DE DIREITOS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS DISCURSOS DO ÓDIO X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	80
4.1 A Dignidade da Pessoa Humana Contra os Direitos Fundamentais	81
4.2 Onde a Liberdade de Expressão encontra seu limite	85
4.3 A Liberdade de Expressão nos Discursos do Ódio e a Dignidade do Ofendido: Qual Direito Deve Prevalecer?	97
CONCLUSÃO	107
BIBLIOGRAFIA	109

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um direito fundamental e é considerado um bem preexistente ao Estado. Todo ser humano tem a necessidade e o desejo de se comunicar com os seus pares, defender suas ideias de forma livre e sem qualquer censura ou interferência.

Tal direito tem tamanha importância que foi positivado nas constituições dos países democráticos de direito, bem como em tratados e convenções internacionais.

Todavia, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, ela encontra limites na própria constituição e na grande maioria das vezes vem sendo tolhida em nome do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, quando está-se perante um discurso do ódio, que são aquelas manifestações contrárias a determinados grupos sociais, como negros, gays, judeus, entre outros, muitos Estados tem agido de forma interventora, tentando eliminar do espaço público os defensores destas opiniões, que muitas vezes são repugnantes, utilizando como fundamento de tal restrição os princípios da igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Contudo, há de se ter em mente que a dignidade da pessoa humana tão utilizada contra discursos do ódio também deve ser observada quando há uma limitação a um direito tão importante. Ora, o indivíduo tem em seu íntimo o desejo de autodeterminação, que inclusive é um fundamento da dignidade da pessoa humana, e ao se ver sendo privado de expressar suas opiniões o Estado estará negando o direito da pessoa de ser o autor de sua própria vida, de se autodeterminar, assim o infantiliza e fere a sua dignidade.

Dessa forma, a presente dissertação tem por objetivo a análise da atuação do Estado no tocante à liberdade de expressão, os benefícios e malefícios desta intervenção em um Estado Democrático de Direito.

Primeiramente irá ser analisado o que vem a ser liberdade de expressão, sua importância na sociedade e valor axiológico; em seguida se passará a observar qual o seu papel na democracia e um estudo do Direito comparado em alguns países como

Brasil, Estados Unidos da América e Portugal, para então verificar qual deverá ser a atuação do Estado.

Mister também um estudo sobre a dignidade da pessoa humana, para depois discutir onde a liberdade de expressão encontra limite e em caso de conflito entre direitos, qual deverá prevalecer.

Parte-se do pressuposto de que a todo cidadão é concedido o direito à liberdade de expressão. Porém, o que se pergunta neste estudo é, qual importância da liberdade de expressão na sociedade? Até onde vai esse direito? Num conflito entre a liberdade de expressão nos discursos do ódio e a dignidade da pessoa humana qual direito deverá prevalecer?

Não se partirá aqui, simplesmente, de uma análise geral e abstrata da liberdade de expressão. Acredita-se que o seu uso pode influenciar bastante uma sociedade, em seu modo de pensar e reagir ante a um pensamento diverso, e até mesmo ensinar as pessoas a serem mais tolerantes com diferentes opiniões e situações da vida. Pretende-se, também, averiguar se a intervenção estatal geraria a alienação da população, que só poderia ver e ouvir os pontos favoráveis de quem se encontra no poder.

Assim, qualitativa e quantitativamente pretende-se lançar um olhar panorâmico acerca da questão, tirando daí algumas considerações.

Adiantando, parte-se, nesta pesquisa, da hipótese de que é fundamental para a democracia, que todos tenham o direito de expressar seu pensamento, sem que haja qualquer tipo de punição pelo simples fato de uma pessoa expressar uma forma de pensar diferente do que é aceito pela maioria da sociedade, pois, somente assim, será possível a existência de uma sociedade realmente livre, justa e sem máculas.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1 Histórico

De início é fundamental explicar o que é Liberdade de Expressão, de onde ela surgiu e sua dimensão.

Grosso modo, podemos dizer que Liberdade de Expressão é o direito inerente a todos, onde é possível se manifestar de forma livre, sem censura, sobre os mais diversos temas e das mais diversas formas. Não podemos falar que existe Democracia onde não há Liberdade de Expressão, sendo este um conceito imprescindível àquele.

Na visão jusnaturalista¹ a liberdade de expressão é considerada preexistente ao Estado, uma vez que é algo inato à natureza humana, sendo um Direito do Homem.²

Já em uma visão tradicional, a Liberdade de Expressão é um direito negativo em que o Estado tem que se abster e existe uma limitação para os poderes públicos. Sendo assim, ela foi criada para que não haja nenhum tipo de impedimento ou coibição a qualquer manifestação, opinião ou ideia.³

A Grécia antiga foi o berço da democracia e consequentemente da Liberdade de Expressão, uma vez que uma é condição fundamental para a existência da outra. A

¹ “Ventilar o problema dos direitos públicos subjetivos é discutir a questão do valor do homem no Estado ou perante o Estado. O assunto empolgou grandes mestres do pensamento moderno. Em primeiro lugar, cabe uma referência à doutrina segundo a qual o indivíduo é anterior ao Estado, sendo já portador de direitos públicos subjetivos como algo de inerente à sua própria existência. São os jusnaturalistas, sobretudo do século XVIII, que sustentam que os indivíduos possuem direitos naturais públicos subjetivos em virtude do ‘contrato social’ por eles concluído para sua própria garantia. Se o Estado é precedido de um ‘estado de natureza’, no qual cada homem era livre, não pode o Poder Público constituir-se com esquecimento, e muito menos com repúdio desses direitos, que são inerentes à natureza mesma do homem.

Dentro dessa maneira de pensar, elaborou-se a Declaração dos Direitos de 1789, onde se proclama, à luz do Direito Natural racionalista, que os homens nascem e devem permanecer livres e iguais.

Embora tenha desempenhado grande papel na história do Estado Moderno, essa doutrina está de há muito superada, tanto como a ideia, que está em sua base, da existência de direitos naturais anteriores à organização política.”. - REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 254.

² SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 263.

³ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 263.

liberdade de se expressar era dada a todos os cidadãos⁴, que tinham direito de exercitarem sua liberdade de discurso de forma ampla e virtuosa, bem como de se pronunciarem sobre os mais diversos assuntos nas assembleias que ocorriam em praça pública, dando-lhe sentido existencial e, portanto, garantindo a plena realização dos homens enquanto tais, a partir da troca de informações, experiências e reconhecimento mútuo.⁵

Tal liberdade ganhou maior visibilidade em Atenas, onde os filósofos⁶ acreditavam que os diálogos e a contraposição de ideias opostas eram essenciais para o alcance do conhecimento e que só se chegaria a uma real democracia se houvesse debates com pluralidade de pensamentos e se os mesmos ganhassem repercussão nas assembleias públicas. A experiência grega serviu de inspiração para vários projetos de Estado que se seguiram, alicerçados, sobretudo, na influência no direito a informar e a se informar. Porém, o direito à liberdade de expressão só se ampliou no Renascimento, visto que na Idade Média houve a redução das informações.⁷

Tal redução ocorreu principalmente com a transformação do Cristianismo em religião oficial e por isso que, em sua origem, os movimentos pela liberdade de expressão e pela liberdade religiosa se confundiam.

O cristianismo comprometeu a possibilidade de desenvolvimento da livre criação intelectual uma vez que colocaram como problema central a heresia e a subsistência do pensamento pagão e para sua solução começaram a promover a destruição de livros como um meio adequado e uma complementação a tortura e morte dos hereges, ou a privação dos direitos civis. Desta forma, travaram uma batalha intelectual contra as correntes filosóficas que passaram a lutar pela instituição do estado laico ou para que, pelo menos, as prerrogativas de direito público das igrejas

⁴ Na Grécia antiga, a figura do cidadão era composta apenas pelos homens livres, uma vez que as mulheres, os escravos, os estrangeiros e os prisioneiros não eram assim considerados.

⁵ STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 314.

⁶ Aqui, merece destaque os trabalhos de Platão (427-347 a.C.) e os relatos das obras socráticas (469-399 a.C.). - STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 314.

⁷ STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 314.

oficiais fossem enfraquecidas ou neutralizadas. Por isso a luta pela liberdade de expressão ande de mãos dadas com a luta pela separação da igreja do Estado.⁸

A noção de liberdade estava associada à verdade teológica, ou seja, a liberdade só existia dentro dos limites que, à época, acreditavam ser a verdade e até mesmo o poder político estava subordinado a esta verdade teológica, assim sendo, quaisquer pensamentos que fossem contrários ao *status quo* teológico-político eram considerados impuros e não mereciam, por tanto, qualquer tipo de proteção, sendo considerados manifestações do erro e impedimento à verdadeira fé. A defesa da pureza da doutrina cristã como uma verdade objetiva resultou em um Estado absoluto, totalmente opressor e hostil a todos e quaisquer pensamentos contrários e discussões críticas a esta verdade. Servindo, por fim, ainda que indiretamente, de inspiração aos Estados totalitários.⁹

A manifestação das autoridades em relação a disseminação de ideias nem sempre estavam em harmonia, visto que a limitação dos discursos dependia dos interesses diversos entre as instituições políticas e sociais. Desta forma a liberdade de expressão sofreu restrições de todos os lados e de diversas formas o que se tornou uma rede de censura. E neste ponto, o estabelecimento categórico do tribunal da Inquisição serviu de elemento fundamental da concepção teológico-política e, toda a disparidade de interesses entre as autoridades se curvavam, em última análise, a um conceito de verdade objetiva de caráter teológico-confessional que era proferida de forma centralizada, hierárquica e autoritária.¹⁰

A santa inquisição visava impedir, também, o nascimento de outros credos, visto que a Igreja Católica estava temerosa com o crescente sincretismo de alguns grupos religiosos e via na repressão e na redução da liberdade de expressão um meio para o crescimento e fortalecimento do seu poder.

⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 19 e 20.

⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 20.

¹⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 20 e 21.

De maneira a diminuir o poder de articulação e pensamento crítico, as autoridades políticas e religiosas sempre se empenharam para fazer a imprensa se sujeitar aos seus propósitos. As medidas censórias contra a liberdade de expressão se sucederam nos séculos seguintes com a criação de novos e mais rigorosos meios de censura de todo tipo, sempre travando uma batalha pela afirmação da esfera política no que concerne ao âmbito teológico-confessional, o que definiu exclusivamente o mundo católico.¹¹

A fragmentação da unidade religiosa da Cristandade ocorreu no final da Idade Média com a Reforma Protestante que derrubou o acordo entre as partes, acordo este que mantinha estável a sociedade feudal e visava centralizar as diretrizes teológico-político na figura do Papa e do Imperador, e que pretendia a consciência individual para além da reverência devida às tradições culturais e às instituições estabelecidas. Assim, a autoridade centralizada do Papa e do Imperador foram questionadas e ao mesmo tempo se reforçava a identidade nacional.¹²

Desta forma, via-se uma discordância crucial entre católicos e protestantes relativa à identidade da autoridade espiritual que apregoava e elucidava de maneira unilateral e concentrada o conceito de verdade objetiva que conduzia a censura. Entretanto, ambos os lados concordavam que as autoridades públicas deveriam colocar a coação legítima a serventia da verdade religiosa e, assim sendo, nem as autoridades religiosas e nem as seculares passavam ilesas a falta de publicidade crítica.¹³

A censura e a Monarquia absoluta foram caminhando juntas, enquanto a Monarquia ia gradualmente se consolidando absoluta a censura foi sofrendo mudanças até adquirir uma crescente complexidade e juntamente com os fundamentos tradicionais, a censura foi se firmando na assertiva da Razão do Estado,

¹¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 40.

¹² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 22 e 23.

¹³ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 41 e 42.

na submissão pela soberania última do monarca e na sujeição à sua racionalidade iluminada e esclarecida.¹⁴

A censura se secularizou e se politizou de forma a conduzir as obras à uma sujeição de uma rígida e alicerçada apuração crítico-racional e estético-estilístico que era feita por comissões reais de censores e que tinham, em alguns casos, como membros pessoas letradas e especializadas em várias áreas do saber, todavia, não eclesiásticas.¹⁵

Como já dito, não era possível diferenciar a luta pela liberdade de expressão da luta pela liberdade religiosa, tendo em vista que os discursos teológicos estavam presentes em todas as áreas da sociedade. Todavia a Reforma Protestante estabeleceu, através da Bíblia, a primeira evidência perceptível da influência da imprensa escrita e que nesta conjuntura era uma candidata genuína à impressão e difusão em aglomerado. Os mesmos artifícios que tornaram possível o livre acesso à Bíblia, fizeram com que os outros livros também se tornassem acessíveis e sem que houvesse a viabilidade de fiscalização pelas autoridades religiosas. Graças a este invento, juntamente com os serviços postais que alguns grandes Estados tinham, foi exequível a rápida propagação de ideias que trouxe resultados revolucionários na Europa e no mundo.¹⁶

1.2 Constitucionalização das Liberdades de Comunicação

A ideia de tolerância é posta em prática em sequência da Reforma Protestante, tendo em vista que os grupos políticos eram muito grandes e poderosos para serem destruídos através da força e, por esse motivo, a tolerância passou a ser estimada e um

¹⁴ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 41 e 42.

¹⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 42.

¹⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 48.

precedente remoto da liberdade e da igualdade do constitucionalismo liberal. A ideia de tolerância estava firmada, a princípio, na alegação de que a moral intrínseca e a teologia tinham uma superioridade e assim a tolerância se apresentava como um mecanismo de controle social a ser utilizado em casos extremos sempre que era plausível se tomar uma decisão que não comprometesse a problemática da paz e da ordem em situações que eram marcadas pela discordância ideológicas ou religiosas.¹⁷

Com a chegada do absolutismo moderno, a tolerância se torna uma qualidade do monarca iluminado, uma prerrogativa graciosa a qual era utilizada de acordo com um julgamento esclarecido e pessoal referente as circunstâncias histórico-sociais e teológico-políticas. A tolerância se enraizava na consolidação da preferência do monarca na formação prudencial e nos anseios das partes da divergência teológica em presença. Era, então uma tolerância que os súbitos tinham para com o monarca e que se firmava em argumentos *ex ius divinum*. Ou seja, mesmo após a paz religiosa as liberdades de opinião e de imprensa se limitavam a esfera das concepções concordes com os cultos outorgados.¹⁸

Os regimes que propunham a tolerância religiosa estavam apresentando um avanço no que se refere ao estado de coisa anterior. Não obstante aos seus princípios que visavam algumas regalias, este regime estava buscando um meio jurídico-político para dar fim aos duradouros litígios teológicos, parecendo um pouco com o *consenso de sobreposição*¹⁹ de John Rawls. Foi a contar desta premissa jurídico-política que as

¹⁷ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 56 e 57.

¹⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 56 e 57.

¹⁹ A fim de criar conceitos, John Rawls utilizou um modelo exemplar de consenso sobreposto para indicar o que significa. “Esse modelo contém três visões: uma delas afirma a concepção política, porque sua doutrina religiosa e definição de fé livremente professada levaram a um princípio de tolerância e à aceitação das liberdades fundamentais de um regime constitucional, ao passo que a segunda visão endossa a concepção política com base numa doutrina moral abrangente liberal como a de Kant ou de Mill. A terceira, porém, não é sistematicamente unificada: além dos valores políticos formulados por uma concepção política e autossustentada de justiça, inclui uma grande família de valores não-políticos. É uma visão pluralista, por assim dizer, pois cada subparte dessa família tem sua própria visão baseada em ideias extraídas de seu interior, deixando que todos os valores sejam pesados uns contra outros, tanto em grupos quanto individualmente, em casos específicos.

Nesse modelo, a doutrina religiosa e os liberalismos de Kant e Mill são considerados gerais e abrangentes. A terceira visão só é parcialmente abrangente, mas afirma, em concordância com o liberalismo político, que, sob as condições razoavelmente favoráveis que tornam possível a democracia,

teorias do contrato social e a emergência e compilação do direito constitucional se concebeu e se solidificou em um discurso normativo e teologicamente neutro, firmado nos princípios morais da igual liberdade de consciência e de opinião dos indivíduos e apoiado no princípio estrutural da separação das confissões religiosas do Estado. E, a começar deste recente espaço semântico que se fundamentalizam e constitucionalizam os preceitos da igualdade e da liberdade. Estes preceitos são consolidados em princípios de justiça inferido de um axioma de igual dignidade e liberdade de todos os seres humanos, e não, em ponderações de natureza teológica ou tão-somente prudencial e pragmática. A consolidação constitucional firmada nestes preceitos num rol de direitos fundamentais viabilizou o seu enraizamento no âmbito jurídico dos particulares. Se há espaço para a expressão em exame no léxico do direito público, com ela, almeja-se indicar a obrigação comum de os indivíduos adequarem a utilização dos seus direitos fundamentais com os direitos dos demais.²⁰

No desenvolvimento da constitucionalização dos direitos fundamentais o direito à liberdade de expressão assumiu um posto essencial e isto se deu, em grande parte, em razão da sua função instrumental no que se refere a asserção da liberdade individual de pensamento e de opinião e à salvaguarda da autodeterminação democrática da sociedade política universalmente reconhecida. Há muito tempo já se concebia que o governo se corrompe no momento em que se confia unicamente nos

os valores políticos em geral superam quaisquer valores não-políticos em conflito com eles. As visões anteriores concordam com essa última nesse aspecto, e, por conseguinte, todas as visões levam, aproximadamente, aos mesmos julgamentos políticos, sobrepondo-se assim à concepção política.

(...)

Que um consenso sobreposto é muito diferente de um *modus vivendi* é algo que nosso caso exemplar deixa claro. Note dois aspectos nesse exemplo: primeiro, o objeto do consenso, a concepção política de justiça, é ele mesmo uma concepção moral; e, segundo, a concepção de sociedade e de cidadãos enquanto pessoas, assim como princípios de justiça, e uma visão das virtudes políticas por meio das quais esses princípios se encarnam no caráter humano e são expressos na vida pública. Por conseguinte, um consenso sobreposto não é apenas um consenso sobre a aceitação de certas autoridades, ou a adesão a certos arranjos institucionais, fundamentados numa convergência de interesses pessoais ou de grupos. Todos que concordam com a concepção política partem de sua própria visão abrangente e se baseiam nas razões religiosas, filosóficas e morais que essa visão oferece. O fato de as pessoas endossarem a mesma concepção política com base nessas razões não torna o fato de endossá-la menos religioso, filosófico ou moral, conforme o caso, uma vez que as razões nas quais se acredita sinceramente determinam a natureza da convicção.” - RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

²⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 57.

governantes, sendo de extrema necessidade que haja um abrangente debate público sobre os temas de interesse comum. A liberdade de expressão, apropriadamente imposta por distintas primazias constitucionais, assim como a generalização da instrução pública e do direito de sufrágio, é tida como um dos itens primordiais de um governo republicano. Não é de se espantar, então, que a liberdade de expressão possua uma posição de tamanha importância na elaboração das primeiras constituições.²¹

Nos Estados Unidos da América, o enfrentamento contra os ingleses que haviam se infiltrado se estabeleceu em razão de princípios como o da separação das igrejas do Estado, a defesa da liberdade religiosa e o consagrado *no taxation without representation*²². Contudo, opor-se aos ingleses significava, também, atuar de forma contrária à prática da censura prévia. A este desígnio, a doutrina enfatiza constantemente o comportamento realizado pelos jornais *Pennsylvania Magazine*, de Thomas Paine, e o *Boston Gazette*, de Samuel Adams, no avanço de uma compreensão revolucionária e com autonomia pelo lado dos colonos americanos e na salvaguarda dos princípios de autonomia individual e coletiva que estão no início e no final do direito à liberdade de expressão. Estes progressos levaram à ratificação da liberdade de expressão no *Bill of Rights* da Virginia, de 1776, assim como à primeira das dez emendas à Constituição dos Estados Unidos que fizeram parte do *Bill of Rights* de 1791. Neste ponto a norma é determinada com competência negativa, em condições tais que, ao Congresso, fica proibido proceder com nenhuma lei que pretenda limitar as liberdades de expressão e de imprensa.²³

²¹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 61.

²² *No Taxation Without Representation* é “um velho princípio inglês que os colonos invocavam para si: ‘taxação sem representação é ilegal’. O que significa isso? Desde a Idade Média até o século XVIII a Inglaterra sofreu muitos movimentos que afirmavam este princípio: para alguém pagar um imposto (taxação), essa pessoa deve ter votado num representante que julgou e aprovou este imposto (representação). Assim. Foi com os burgueses que impuseram limites a Carlos I. Era esse princípio tradicional da Inglaterra que Otis, no fundo, queria fazer valer para as colônias”. - KARNAL, Leandro. PURDY, Sean. FERNANDES, Luiz Estevam. MORAIS, Marcus Vinícius de. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. São Paulo: Contexto, 2007, p. 76 e 77.

²³ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 62 e 63.

Em um primeiro momento a impressão é que a Constituição americana trouxe consistência a predominância de um ponto de vista que defendia a liberdade absoluta no que diz respeito as liberdades de expressão e de imprensa. Todavia, nem a Revolução americana e nem sequer a Constituição, conseguiram remover por completo o pensamento que era prevalente, legatário da *Common Law* inglesa e seu mais célebre tradutor, William Blackstone²⁴, que defendia a ideia de que a liberdade de expressão exprimia unicamente a falta de uma censura preexistente. E, neste sentido, essa corrente afirmava que caso fossem expressos pontos de vista contrários ao desempenho dos poderes públicos e que de algum modo fossem capazes de colocar em causa o apreço e o prestígio dos governantes perante os eleitores, esta expressão era suscetível de ser incriminada.²⁵

Todavia o Congresso não conseguiu lograr êxito em colocar a opinião pública favorável a este pensamento que só eliminava a censura prévia e assim, nas eleições dos Estados Unidos da América de 1800, Thomas Jefferson ganhou a corrida eleitoral e se tornou presidente. Neste contexto a liberdade de expressão e de imprensa foi reafirmada e além de ter ocorrido atos como indulto dos condenados e o Congresso ter sido obrigado a devolver todo o valor arrecadado através das multas que foram cobradas, o comportamento republicano ainda vai beneficiar a defesa da liberdade de expressão e de imprensa com um fervor ainda maior.²⁶

Não obstante, permanecia uma inclinação para ajuizar ações judiciais contra críticas políticas, até mesmo da parte do novo governo republicano, sendo que a oposição ao governo afirmava a presença de um *reino de terror* firmado no recurso aos crimes expressivos da *Common Law* a fim de rechaçar os opositores políticos federalistas. Esta situação fez com que fossem buscadas novas formas de percepção da liberdade de expressão e de imprensa. E assim, difunde-se a noção de que a simples inexistência de censura prévia não é o suficiente para uma verdadeira liberdade de

²⁴ **William Blackstone** (1723 - 1780) foi um jurista britânico conhecido por ter escrito os "*Comentários sobre as Leis de Inglaterra*".

²⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 62 e 63.

²⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 66 e 67.

expressão, sendo certo que, só a defesa da falta de censura preexistente ainda faria com que as liberdades em tela fossem excessivamente restritivas e não atingiriam sua finalidade.²⁷

Mas, é certo que a liberdade de expressão ganhou maior força e foi considerada um Direito Fundamental na *Bill of Rights*, chamada primeira geração de direitos fundamentais²⁸.

A liberdade de expressão se consolida como um direito intransferível do ser humano no momento em que o conhecimento sobre o mundo na qual se baseia a sociedade medieval, que é instituída na presença de preceitos sobre realidade confessa e não suscetível a oposição, é alterada pelo modelo iluminista, que era fundado na capacidade racional e moral das pessoas e que serviam de suporte para o Estado Moderno.²⁹

Hoje em dia, a liberdade de expressão é considerada um dos direitos mais relevantes da modernidade, por ter desempenhado um papel importantíssimo na fundação do Estado Constitucional e por constituir em premissa para a manutenção desse mesmo Estado, calcado nos ideais de autogoverno e de realização dos direitos fundamentais.³⁰

²⁷ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 66 e 67.

²⁸ “As Gerações de Direitos é uma criação doutrinária que posiciona em cada momento da história a valorização de determinados direitos, neste sentido, a chamada primeira geração valoriza o ser humano e garantia aos direitos básicos, tais como, a vida, a dignidade e a liberdade. Tais direitos são referidos nas revoluções francesa e americana.

Vale lembrar que a expressão “gerações de direitos fundamentais” foi primeiramente utilizada por Karel Vasak, na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo.” - BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563.

²⁹ SCHREIBER, Simone. **A Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 217-258, p. 218.

³⁰ SCHREIBER, Simone. **A Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 217-258, p. 218

1.3 Conceito de Liberdade de Expressão

Podemos dizer que a liberdade de expressão é um direito fundamental, não apenas por ser algo inerente à natureza humana, mas também por ser essencial a uma democracia, se não houvesse liberdade de expressão, um governo perverso, por exemplo, não seria assim considerado, já que faltaria as pessoas o livre acesso as informações necessárias para que se chegassem a essa conclusão.

A independência do ser humano é uma das mais cruciais justificativas para tamanha importância do direito à liberdade de expressão. Para além de uma escolha, a liberdade de expressão é indispensável para o homem, tendo em vista sua necessidade de socializar e se comunicar com outras pessoas. É de primordial importância que os indivíduos possam manifestar as suas ideias e convicções sobre os mais diversos temas, bem como publicar suas obras literárias, artísticas ou científicas e até mesmo expressar seus sentimentos e opiniões sem interferências, sendo estes atos valores básicos da dignidade da pessoa humana.³¹

Ao restringir estes direitos dos indivíduos, estará privando os mesmos de se satisfazerem como seres humanos e de se esforçar na vida para conquistar os objetivos e projetos que designou para si mesmo. Por certo que, a restrição à liberdade de expressão, versa sobre uma das mais relevantes violações da independência pessoal que se pode aceitar, tendo em vista que capacidade de comunicação está entre as mais importantes dimensões da própria humanidade.³²

Calorosos debates acerca da liberdade de expressão estão em pauta nos estados democráticos ao redor do mundo. De um lado, existem os que afirmam que a liberdade de expressão não deve simplesmente proteger a propagação de ideias simpáticas e comuns a todos, mas também aquelas com as quais discordamos. Nesse sentido, o remédio contra as “más ideias” deve ser a divulgação de “boas ideias” e a promoção do debate, e não da censura. Todavia, há os que pensam de forma diversa e sustentam

³¹ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 241 e 242.

³² SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 241 e 242.

que as manifestações de intolerância não devem ser admitidas, porque violam princípios fundamentais de convivência social, como os da igualdade e da dignidade humana, e atingem direitos fundamentais dos ofendidos.³³

John Milton foi um grande pensador e escritor inglês do século XVII. Sua obra mais celebrada pelos liberais ingleses foi *Areopagítica*³⁴ onde Milton faz um manifesto a favor da liberdade de imprensa e uma crítica a censura imposta pelo parlamento inglês.³⁵

Milton defendia a liberdade de imprensa, pois acreditava que o indivíduo era livre para escolher o que deveria e o que não deveria ler. Acreditava também que o homem tinha que usar do seu discernimento para reter o que era bom e descartar o que não o é. Segundo ele, razão é a nossa liberdade de escolha. Dizia ainda que a Liberdade de Expressão é um direito imanente às pessoas, não podendo ser dada por autoridades e só em casos de proteção das próprias liberdades democráticas que ela poderia ser restringida.³⁶

Ainda no século XVII, John Locke, filósofo inglês, defendia que todo ser humano nascia bom e sem qualquer tipo de pensamento. Segundo ele, todos são iguais

³³ STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 316.

³⁴ “Em *Areopagítica*, seu discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento, Milton iria apresentar argumentos liberais contra a censura prévia. Publicada em 1644, a obra-prima do poeta seria escrita no contexto de batalha parlamentar, já que o líder da Assembléia, Herbert Palmer, havia exigido que um livro de Milton em defesa do direito de divórcio fosse queimado. Para Milton, a censura sempre esteve associada à tirania, e mais recentemente seria fruto do reacionarismo católico do Concílio de Trento e da Inquisição. Ele foi direto ao afirmar que o “projeto de censura surgiu sub-repticiamente da Inquisição”.” - CONSTANTINO, Rodrigo. **O Legado de Milton**. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/rodrigo-constantino/artigos/o-legado-de-milton/>>. Acesso em: 14 de setembro de 2018.

³⁵ STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 314.

³⁶ John Milton *apud* STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 314.

e o conhecimento vem das experiências vividas. Tal tese, é chamada de Tabula Rasa³⁷, e foi detalhada em seu livro, Ensaio Acerca do Entendimento Humano.³⁸

Segundo Locke, a forma pela qual alcançamos algum saber é uma prova mais que hábil para demonstrar que esse conhecimento não é algo inerente à natureza humana. De acordo com alguns pensadores contrários a Locke, o pensamento abrange diferentes concepções inatas, alguns princípios já existentes, os chamados *koinai énoiai*, que seriam certos caracteres já impressos na mente humana, acreditando-se que esses conhecimentos inatos foram obtidos na alma, seu ser primordial, e que ela os carregaria dentro de si mesma para o mundo. Todavia, Locke não concordava com tal teoria e acreditava que os seres humanos eram capazes de atingir a convicção de seus pensamentos sem qualquer necessidade destas noções ou princípios originais e sim pela simples utilização de seus recursos naturais.³⁹

Ainda, de acordo com Locke, uma vez que os princípios éticos precisam de comprovação, fica claro que esses princípios não são preexistentes. Além do mais, Locke afirmava que caso os princípios fossem inatos, não haveria a necessidade de questionar o motivo pelo qual uma regra moral estaria sendo proposta, ora, se as regras morais são inatas seria ridículo e absurdo que elas necessitassem de alguma confirmação para averiguar sua verdade, tendo em vista que qualquer princípio inato deve ser inequívoco por si mesmo e desta forma não deveriam carecer de qualquer motivo, nem tampouco, precisariam de lograr autorização para entrar em prática. “É impossível para a mesma coisa ser e não ser” e por isso qualquer pessoa que

³⁷ “A crítica ao inatismo, realizada por Locke, levou-o a conceber a alma humana, no momento do nascimento, como uma ‘tábula rasa’, uma espécie de papel em branco, no qual inicialmente nada se encontra escrito. Chega, então, à conclusão de que, se o homem adulto possui conhecimento, se sua alma é um ‘papel impresso’, outros deverão ser os seus conteúdos: as ideias provenientes – todas – da experiência.

Locke procurou, então, descobrir quais seriam os elementos constitutivos do conhecimento, quais as suas origens e processo de formação, e qual a amplitude de sua aplicabilidade. Em outras palavras, se o homem não possui ideias inatas – ao contrário do que afirmavam Platão (428/7 - 348/7 a.C.), Agostinho, Descartes e outros -, pergunta-se: como pode o homem constituir um conhecimento certo e indubitável e em que casos isso é possível?

No livro II do Ensaio sobre o Entendimento Humano, Locke começa por afirmar que as fontes de todo conhecimento são experiência sensível e a reflexão.”. - LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultura Ltda., 1999, p. 10.

³⁸ LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultura Ltda., 1999, p. 10.

³⁹ LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultura Ltda., 1999, p. 37.

questionasse ou concordasse com o questionador sobre as razões das regras deveria ser considerada carecedora de discernimento.⁴⁰

Os princípios inatos contêm seu próprio entendimento e comprovação, sem a necessidade de uma evidência distinta a sua, ou seja, ao se compreender os termos deve anuir com eles sem que seja preciso algo externo para fazê-lo concordar. Desta forma, caso uma regra moral seja apresentada a alguém que nunca tenha ouvido sobre isto antes, mas mesmo assim a reconhece, esta pessoa não deveria então perguntar a razão para tal regra, uma vez que esta ideia já lhe era aceita anteriormente.⁴¹

Assim sendo, uma vez que o homem nasce sem qualquer tipo de conhecimento inato, pode-se dizer que é a sociedade que o perverte pelas injustiças, opressão e escravidão e a sociedade só seria transformada se fosse garantido a todos a Liberdade de Expressão e de culto como mecanismo contra o arbítrio e a prepotência. Contudo, Locke não acreditava na existência de numa liberdade ilimitada, já que esta cria uma barreira à própria existência do pacto social constituinte do Estado, mas defendia que só seria viável subsistir a liberdade onde existisse também a liberdade política e liberdade de consciência firmada em um sistema jurídico que fosse de forma consensual aprovado pelo maior número de pessoas, e, para que a decisão da maioria fosse considerada válida é preciso que haja uma liberdade individual para elaborar sua própria concepção, bem como, dialogar com seus pares de forma livre e sem interferência do estado. E para que isso aconteça não pode haver o medo da repressão, mas sim a liberdade de expressão, de imprensa e liberdade para criar sociedades e partidos.⁴²

John Stuart Mill foi um dos pensadores liberais mais influentes do século XIX. Ele se eternizou através de uma de suas obras mais importantes, *Sobre a Liberdade* (1859), onde defende que o Estado deve evitar ao máximo interferir na vida das pessoas. Defendia também a ideia de que a liberdade de expressão não é um fim em si

⁴⁰ LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultura Ltda., 1999, p. 46.

⁴¹ LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultura Ltda., 1999, p. 46.

⁴² John Locke *apud* STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 315.

mesmo, mas um meio para a obtenção das respostas mais adequadas para os problemas que afligem a sociedade, uma vez que é um instrumento básico para a conquista da verdade, já que, no debate livre, as melhores ideias prevalecerão.⁴³

Segundo Stuart Mill, a liberdade de expressão é algo tão primordial a condição humana que nem mesmo precisaria ser discutida com maior profundidade. Além da liberdade de expressão e de pensamento, Mill defende, também, a liberdade que cada pessoa tem de aprimorar sua peculiar singularidade, ou seja, acreditava que nenhum indivíduo deveria se dobrar ao que era preestabelecido e, nem mesmo, permitir ser reprimido pela opinião pública.⁴⁴

Stuart Mill utilizava de alguns fundamentos utilitaristas para combater a limitação à liberdade de expressão, que comumente ocorriam sob o argumento de que se pretendiam defender e encontrar a verdade, que eram eles: “(i) a inexistência de verdades absolutas e completas torna necessário um debate constante e aberto, para que cada vez mais nos aproximemos da verdade; (ii) o debate constante e aberto evita que as ideias sejam simplesmente repetidas, transformando-se em dogmas ou preconceitos; (iii) o debate constante e aberto contribui para a manutenção dos significados das ideias e para a vivacidade intelectual de um povo.”. Desta forma, para se constituir um Estado Liberal, mesmo que não democrático, este deverá estar diretamente vinculado à eficácia para proteger os direitos civil, que é onde a liberdade de expressão se encontra e assume um papel de princípio fundamental e irrenunciável.⁴⁵

Como um liberal, John Stuart Mill tinha a preocupação de que os governos suprimissem dos espaços públicos posições não ortodoxias ou impopulares sobre questões controvertidas ainda que a serviço da maioria. Para ele, a principal razão para a proteção da liberdade de expressão não está ligada ao direito de quem se expressa,

⁴³ John Stuart Mill *apud* SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 234.

⁴⁴ John Stuart Mill *apud* STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 315.

⁴⁵ John Stuart Mill *apud* STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 315.

mas sim ao interesse de toda a sociedade em ouvir as ideias de cada um, ainda que estejam erradas.⁴⁶

Se um determinado pensamento não trouxesse nenhuma utilidade para a sociedade e caso o seu preletor fosse proibido de desfrutar da sua liberdade de expressão e tendo que não divulgar sua ideia, sofrendo, apenas ele, com a perda deste direito, deveria ser levado em consideração se o prejuízo com essa restrição estaria atingindo muitas ou apenas poucas pessoas. Todavia, o dano é causado não a quem prolata o discurso, mas sim a humanidade, que vê calada a expressão de uma opinião, ou seja, estariam usurpando do conhecimento humano aquele pensamento e este ato atingiria tanto as futuras gerações quanto a presente e, mais do que àqueles que concordam com a opinião, àqueles que divergem, sofreriam, também, um grande prejuízo.⁴⁷

É que, caso o pensamento furtado do conhecimento público fosse verdade, os contrários a tal opinião se veriam impossibilitados substituir um discurso incorreto pelo correto e, caso a opinião estivesse equivocada, perderiam a oportunidade de reafirmar suas verdades através de um confronto entre as ideias certas e erradas e que por conseguinte as verdades terminariam mais fortalecidas, o que também seria um enorme ganho para a sociedade. Assim sendo, tem-se que, jamais seria possível ter a convicção de que o discurso que se pretende silenciar seja errôneo, porém, ainda que se tenha essa certeza, reprimi-lo continuaria sendo um mal.⁴⁸

Stuart Mill é categórico em afirmar que o ser humano não é infalível e, desta forma, se torna impossível afirmar, com certeza, que uma ideia seja completamente errada. Sendo assim, proibir a divulgação de determinadas opiniões porque elas são consideradas equivocadas pelo governo ou pela maioria da população seria um erro ainda maior, pois é provável que a ideia em questão esteja certa, ou que tenha pelo

⁴⁶ John Stuart Mill *apud* SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 234 e 235.

⁴⁷ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 43.

⁴⁸ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 43.

menos algum resquício de verdade e, assim, a sua extinção privaria a sociedade do acesso a algo verdadeiro.⁴⁹

Um discurso é censurado quando as autoridades recusam a sua verdade, entretanto, nenhum ser humano é infalível e assim, provavelmente, a ideia retirada do espaço público esteja correta. Não possuí competência para deliberar em nome de toda uma humanidade, e de usurpar de todos os demais, maneiras de discorrer sobre um determinado assunto. Proibir a população de ouvir uma ideia por acreditar que a mesma é errônea é o mesmo que declarar que o outro lado tem uma opinião e que a verdade existente nela constitui uma verdade absoluta. Sempre que houver a restrição de um debate significará que há uma presunção de infalibilidade. “Pode-se deixar que a sua condenação assente neste argumento comum, que não é pior por ser comum”.⁵⁰

Todavia, ainda que uma ideia seja completamente incorreta, proibir a sua expressão pública continuaria sendo um grave equívoco. Isto porque, o confronto que se estabelece entre os diferentes pontos de vista é sempre benéfico para a sociedade, na medida em que permite que as ideias certas se fortaleçam na discussão, se sofisticuem e continuem vivas nos corações e mentes das pessoas, não se convertendo com o tempo em meros dogmas. Portanto, a liberdade de expressão é, para Mill, vital para a busca da verdade, e deve ser garantida mesmo para a difusão de pontos de vista que pareçam absolutamente errados ou até abjetos para a maioria das pessoas.⁵¹

Ronald Dworkin, foi um filósofo norte-americano que defendia a existência de duas justificativas para a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, quais sejam: a instrumental e a constitutiva. Na instrumental ele afirma que uma liberdade de expressão mais garantida permitiria com que a população tivesse uma melhor escolha política, resguardando a sociedade de uma tirania e obstando a corrupção.⁵²

⁴⁹ John Stuart Mill *apud* SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 235.

⁵⁰ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 43.

⁵¹ John Stuart Mill *apud* SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 235.

⁵² STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 316.

A primeira justificativa para a liberdade de expressão defende que ela tem um valor instrumental, isto quer dizer que, o que é realmente relevante é o consentimento que o indivíduo tem para dizer o que ele bem entender e isso gera um resultado mais salutar para a sociedade do que o fato de os cidadãos terem o direito moral intrínseco de prolar o discurso desejável. Há quem diga que a liberdade de expressão é essencial pois, com ela se torna mais simples discernir a verdade e a falsidade na política e decidir-se bons cursos de ação pública sempre que o debate político for independente e acessível; há, também, quem defenda que a liberdade de expressão é importante pois ela contribui para salvaguardar a capacidade que o povo tem de se autogovernar; e, por fim, alguns argumentam que a liberdade de expressão é indispensável pois através dela as pessoas podem fazer críticas ao governo sem que ele seja capaz de puni-las, o que acaba fazendo com que os governos se tornem menos corruptos. De acordo as essas três convicções, pode-se dizer que a liberdade de expressão traz mais benefícios para a coletividade do que malefícios.⁵³

Já a constitutiva, baseia-se na noção de que o Estado tem a obrigação tratar os indivíduos como agentes morais individuais e responsáveis e desta forma, garantir que todos possam ter acesso a qualquer tipo de informação e, com base nas opiniões obtidas, desenvolver seus próprios pensamentos e tomar suas decisões.⁵⁴

A segunda justificativa, que é a constitutiva, preceitua que a liberdade de expressão é indispensável para além das suas consequências, mas principalmente porque defende que o Estado tem a obrigação de tratar cada pessoa, já adulta e que não tenha nenhuma incapacidade mental, como indivíduos morais responsáveis, sendo que este tratamento para com os cidadãos é de extrema importância para a construção de uma sociedade política justa. Dentro desta condição imposta abre-se para duas diferentes dimensões: a primeira é que, todo ser humano moralmente responsável quer ser autor da própria vida e anseia por autonomia e pretende fazer

⁵³ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 318 e 319.

⁵⁴ STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 316.

seus próprios julgamentos sobre o que considera como bom e mau para a política e para sua vida particular e também o que é verdadeiro ou falso na justiça e na fé.⁵⁵

O Estado insulta seus cidadãos quando os privam de ter suas próprias responsabilidades morais, e isso ocorre quando resolve que a qualidade moral deles não é boa o bastante para que sejam capazes de ouvir ideias fortes e que podem, em algum momento, seduzi-los de ideologias perigosas e abomináveis. A dignidade individual é mantida apenas quando se é capaz de perseverar na convicção de que nem as autoridades e em mesmo um grande número dos cidadãos tem a permissão para decidir o que o indivíduo pode ou não ouvir, tendo um vista que têm temor de que se esta opinião for ouvida o cidadão não será capaz de examinar os pós e os contras.⁵⁶

Já a segunda dimensão da responsabilidade moral tem um aspecto mais dinâmico onde as pessoas desejam produzir suas próprias opiniões sobre um determinado assunto para depois expô-las aos demais. Essas manifestações são respeitadas para com os seus pares e o preletor é atraído pelo intenso anseio de que a “verdade seja conhecida, a justiça feira e o bem triunfe”.⁵⁷

Todavia, Dworkin afirmava que, nenhuma das justificações para a Liberdade de Expressão dá a ela caráter absoluto. Tanto a instrumental quanto a constitutiva admite que os valores invocados podem ser postos em segundo plano em casos especiais, como por exemplo ao decidir até que ponto se devem censurar as informações militares. Porém, a liberdade de expressão não se resume apenas ao simples fato de garantir a democracia e a proteger dos usurpadores tirânicos ou ainda para garantir que o governo não seja nem corrupto nem incompetente, pois se assim o fosse, a liberdade de expressão seria muito menos importante quando se diz respeito à arte ou às decisões pessoais e sociais.⁵⁸

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319 e 320.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319 e 320.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319 e 320.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 321 e 322.

Desta forma resta claro que importantes pensadores como, John Milton, John Locke, John Stuart Mill e Ronald Dworkin, defendiam a liberdade de expressão por entenderem que esta liberdade é algo intrínseco a natureza humana e que caso o Estado venha a intervir nesta liberdade estaria atingindo a própria existência humana.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 Liberdade de Expressão e a Democracia

Para a existência de um verdadeiro Estado democrático de direito é necessário um espaço público fortalecido, aberto e que admita um confronto franco e liberal das ideias ali expostas, ideias estas que devem ter livre circulação, mesmo sendo acompanhadas de palavras fortes e cheias de racismo, xenofobia ou não.⁵⁹

É irrefutável a relevância que a liberdade de expressão tem tanto para a promoção da autodeterminação democrática, quanto para a atuação patriótica e é através dela que se estabelece uma materialização do íntimo vínculo que há entre a defesa dos direitos fundamentais e o governo de um estado. Sem a liberdade de expressão, nenhum modo de atuação política democrática poderá ser produtivo.⁶⁰

Neste mesmo sentido, Robert Post⁶¹ defende que compromete a integridade da democracia a proibição de qualquer tipo de expressão, retirando assim, os seus defensores do espaço público, uma vez que a esfera de discurso público tem de se basear num princípio meramente formal de igualdade, em que todos tem a capacidade de expor suas ideias, e não em uma perspectiva substantiva da isonomia como a que proíbe a manifestação do racismo, por exemplo. ⁶²

Ou seja, todo e qualquer regime constitucional que visa ser democrático não pode ignorar a liberdade de expressão, sendo esta um componente primordial para a desejada democracia. Através da liberdade de expressão é possível que o desejo coletivo seja construído por meio de um confronto livre de ideias, em um espaço público plural para que todos os grupos e cidadãos possam participar, seja de forma

⁵⁹ STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 316.

⁶⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 260 e 261.

⁶¹ Robert Post é professor de Direito na *Yale Law School*.

⁶² Robert Post *apud* STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 316.

participativa, expondo os seus pontos de vista, ou simplesmente para ouvir o que é defendido por seus pares.⁶³

O ideário democrático não se circunscreve apenas à exigência de eleições livres e periódicas. Na verdade, uma democracia real pressupõe a existência de um espaço público robusto e dinâmico, em que os temas de interesse geral possam ser debatidos com franqueza e liberdade. Só assim os cidadãos podem ter acesso às informações e às ideias existentes sobre as mais variadas questões, o que lhes permite formarem as suas próprias opiniões sobre temas controvertidos e participarem conscientemente no autogoverno da sua comunidade política. Só dessa maneira se consolida uma opinião pública livre, que viabiliza o exercício do controle social sobre os atos do governo, a fim de que os governantes se tornem responsáveis e responsivos perante a população.⁶⁴

Aléxis de Tocqueville⁶⁵ defendia que para a construção de uma democracia era de fundamental importância a existência de jornais e da liberdade de imprensa. Segundo ele, os jornais podem, porventura, publicar notícias que fariam com que os cidadãos tomassem iniciativas levianas, todavia acreditava que o mal que os jornais e a liberdade de imprensa poderiam produzir eram muito inferiores que o mal que essa liberdade curava, uma vez que, sem jornais as ações em comum praticamente desapareceriam.⁶⁶

Segundo Hannah Arendt⁶⁷, é através do discurso que os homens podem chegar ao acordo quanto à realização da ação conjunta, da qual o poder deriva, destacando-se a liberdade de expressão como condição de possibilidade para a efetivação de uma

⁶³ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 327.

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 327.

⁶⁵ Aléxis de Tocqueville (1805 - 1859), foi um pensador político, historiador e escritor francês. Tornou-se célebre por suas análises da Revolução Francesa.

⁶⁶ Aléxis de Tocqueville *apud* STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 315.

⁶⁷ Hannah Arendt (1906 - 1975), foi uma Filósofa política alemã de origem judaica. Uma das mais influentes do século XX.

vontade calcada no interesse geral maior e que somente pode ser revelado pelo debate em um ambiente livre de coerção.⁶⁸

Mesmo as definições mais detalhistas de democracia de viés procedimental, não se furtam de chamar a atenção para a pertinência de se assegurar à liberdade de expressão através do Estado Democrático de Direito e grifam o papel da liberdade de expressão para as suas definições de democracia.⁶⁹

Os subsistemas sociais individualmente e o sistema social na sua totalidade garantem a autodescrição e a autoprodução através da comunicação. É a comunicação que permite a elaboração de meios para a dinamização independente dos sistemas sociais e para a sua influência mútua. Sob o fundamento na desobstrução das vias de comunicação os sistemas políticos, culturais, tecnológicos, teológicos, econômicos e científicos se desenvolveram e passaram a substituir a visão de verdade objetiva pela estima a liberdade subjetiva, gerando, assim, oportunidade para o surgimento de uma verdadeira sociedade aberta.⁷⁰

É apenas por meios de debates constantes entre as maiorias e as minorias que se conseguirá, numa democracia, construir a vontade da comunidade, sempre ponderando de forma livre os discursos favoráveis e contra a normatização de um determinado assunto. Essas argumentações devem ocorrer não somente no parlamento, mas, principalmente, nos embates políticos, livros, jornais e todos os demais difusores de opinião. É de uma enorme incongruência em termos, a existência de uma democracia sem que haja a opinião pública sendo expostas de forma livre, uma vez que, só é possível o surgimento da opinião pública num espaço em que as liberdades de expressão, imprensa, religião e intelectual sejam asseguradas. A democracia se assemelha ao liberalismo político.⁷¹

⁶⁸ Hannah Arendt *apud* STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 316.

⁶⁹ STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 316.

⁷⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 14.

⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 411 e 412.

É primordial para a democracia a argumentação de forma autônoma entre maiorias e minorias pois é apenas desta forma que se formula um clima benéfico para que seja feito um compromisso da maioria com a minoria, este acordo que deverá ser celebrado entre as partes é um componente da própria essência da democracia, o pacto constitui a resolução de uma divergência por intermédio de uma norma que não se harmoniza e nem se contrapõe totalmente as propensões de uma ou de outra parte.⁷²

As matérias existentes na ordem jurídica de um Estado democrático, nem sempre são definidos unicamente pelos anseios da maioria, mas sim pelo corolário de um acordo entre as partes e, desta forma, resignação espontânea dos cidadãos em geral à ordem jurídica é mais simples de se conquistar do que em qualquer organização política distinta desta. E, justamente em razão dessa predisposição no sentido da realização do compromisso entre a maioria e minoria, que a democracia é uma aproximação da ideológica autodeterminação completa.⁷³

A liberdade de expressão em sentido amplo é um componente substancial do sistema democrático constitucional. Não é de se surpreender que alguma doutrina foi evoluindo no pensamento de democracia comunicativa e dado para a defesa dos direitos fundamentais de comunicação o status jurídico-dogmático de subprincípio concretizador do princípio democrático. A correlação existente entre a democracia e a liberdade de expressão é uma realidade tão óbvia no meio das doutrinas e da jurisprudência que pode ser vista em quase todos os livros que estudam a respeito do direito fundamental à liberdade de expressão.⁷⁴

Ademais, a liberdade de expressão, também, possui um profundo vínculo com a aspiração das repúblicas que consiste na forte atuação civil nos debates e nas deliberações de assuntos políticos. Para além da possibilidade de usufruir completamente de todas as prerrogativas que um cidadão tem, exprimia-se, da mesma forma, na responsabilidade de assim o fazer. Este entendimento defende que todos os

⁷² Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 411 e 412.

⁷³ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 411 e 412.

⁷⁴ Machado, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 259 e 260.

cidadãos têm uma obrigação cívica de expor os seus pensamentos que, de alguma forma, tenham ligação com matérias de utilidade pública, de forma livre e intensificando, assim, o encargo especial de constante guarda que segue de forma correlacionada com o autogoverno.⁷⁵

2.2 Estudo do Direito comparado

2.2.1 Brasil

A liberdade de expressão é incontestavelmente um direito de proeminente importância que, na Constituição de 1988, tem preeminente dimensão negativa, ou seja, a liberdade de expressão deve se legitimar em um ambiente que prevaleça a autonomia individual e que seja livre da ingerência estatal.⁷⁶

Além disso, juntamente com esse caráter subjetivo, parte da doutrina também ressalta uma dimensão comunitária, uma vez que a liberdade de expressão é de extrema importância para a democracia e, desta forma sustenta que a liberdade de expressão tem um lugar prioritário no ordenamento jurídico, o que revela que, caso haja um conflito desta liberdade com outros direitos, ela dispõe de preferência *prima facie*.⁷⁷

No período de 1 de abril de 1964 a 15 de março de 1985, foi instaurada no Brasil a ditadura militar sob o controle de consecutivos governos militares. Nesta época o governo censurava toda e qualquer expressão que era julgada, pelas autoridades, como uma manifestação ofensiva ou perigosa aos interesses do governo. A restrição à liberdade de expressão recaía desde notícias publicadas em jornal e que pretendiam

⁷⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 259 e 260.

⁷⁶ SCHREIBER, Simone. **A Liberdade de Expressão**: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 217-258, p. 219.

⁷⁷ SCHREIBER, Simone. **A Liberdade de Expressão**: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 217-258, p. 219.

revelar excessos do regime militar, até manifestações artísticas, como era o caso das letras das músicas de protesto feitas por Chico Buarque de Holanda⁷⁸.⁷⁹

Numa perspectiva moral, era óbvio que as práticas exercidas pelos censuradores, nada mais era do que grandes falhas éticas, dignas das mais rígidas desaprovações. Todavia, àqueles que se rebelavam contra o sistema eram considerados heróis da resistência, uma vez que o preço que se pagava pela desobediência era altíssimo, tais como, a perda da liberdade de ir e vir, lesões a integridade física, sendo passíveis de ser torturados e até mesmo a perda da própria vida. Era uma batalha entre os “bons” e os “maus”, onde os “bons” tentavam resistir as atrocidades cometidas pelo regime militar e os “maus” censuravam, torturavam e matavam os rebeldes. Foram tempos sombrios e de grande limitação sofrida pela liberdade de expressão.⁸⁰

Assim, após tamanha repressão cometida pela ditadura militar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi elaborada no propósito de fortalecer a proteção as liberdades de expressão e de imprensa e com o intuito de exorcizar permanentemente a mais remota chance de que o cenário do regime militar viesse à tona novamente, no qual a repressão aos meios de comunicação e aos artistas eram atos corriqueiros, sancionou essas liberdades como cláusulas pétreas.⁸¹

Desta forma, a liberdade de expressão assume um lugar de máxima importância no sistema constitucional brasileiro. O temor do retrocesso ficou tão enraizado na população brasileira, que a redação constitucional legitima de forma repetitiva as liberdades de expressão: “art. 5º, inciso IV – liberdade de manifestação do pensamento -; art. 5º, inciso X – liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica

⁷⁸ Chico Buarque é um dos maiores nomes da música popular brasileira. Na época da ditadura militar ele se auto exilou na Itália, por ter sido ameaçado pelo regime militar. As músicas “Apesar de Você” e “Cálice”, foram censuradas pela ditadura militar em um determinado momento e liberadas para gravação anos mais tarde.

⁷⁹ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 207.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 207.

⁸¹ SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão: Quando a censura veste toga. Observatório da Imprensa**, São Paulo, edição 610. Disponível em: < <http://observatoriodaimprensa.com.br/caderno-da-cidadania/quando-a-censura-veste-toga/>>. Acesso em: 13 de agosto 2018.

e de comunicação, independentemente de censura ou licença -; art. 220, *caput* – garantia da manifestação do pensamento, da criação da expressão e informação, sob qualquer forma e veículo -; art. 220, § 1º - liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social -; art. 220 § 2º - proibição de qualquer censura de natureza política, artística ou ideológica.”^{82, 83}

O porquê do constituinte ser tão incisivo ao consagrar as liberdades de expressão e de imprensa são de fácil entendimento quando se olha para trás e vê no histórico do Brasil a instalação da ditadura por mais de vinte anos. Como dito, queriam excomungar de vez as assombrações que o regime militar havia implantado no país através dos vastos atos de censura política e artística, além de proteger os fundamentos para a existência de uma sociedade mais democrática e livre.⁸⁴

Hoje, a imprensa trabalha com liberdade, exercendo o seu legítimo papel de controle sobre os atos de Estado, e os artistas podem produzir as suas obras sem o temor das idiossincrasias dos censores de Platão. Respirando-se, enfim, um ar mais livre.⁸⁵

Contudo, temos que o Brasil ainda tem limitado bastante a liberdade de expressão, como exemplos dessa limitação temos o caso da cantora Wanessa Camargo e o humorista Rafinha Bastos⁸⁶, em que este foi condenado ao pagamento de

⁸² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro 2018.

⁸³ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 250.

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 250.

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 208.

⁸⁶ Rafinha Bastos, à época, era apresentador de um programa humorístico televisivo e após aparição, em uma reportagem, de Wanessa Camargo, cantora brasileira que estava grávida, Rafinha Bastos afirmou que “comeria ela e o bebê”. Ante tal comentário a cantora, o marido e o filho, que na época do ajuizamento da ação era nascituro, ajuizaram uma ação de indenização por danos morais contra o humorista. A ação chegou ao Superior Tribunal de Justiça que manteve a indenização que havia sido majorada pelo juízo de 2º grau e que foi no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada autor da demanda judicial. Assim sendo, o humorista foi condenado a pagar um valor total de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), com fundamento no princípio da Dignidade da Pessoa Humana. - RECURSO ESPECIAL Nº 1.487.089 - SP (2014/0199523-6). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf>. Acesso em: 10 de outubro 2018.

indenização por danos morais devidos a um pronunciamento polêmico acerca da cantora e do filho esperado por ela.

Ou seja, apesar de o texto constitucional brasileiro trazer a liberdade de expressão com uma proteção de extrema importância, sendo que o constituinte foi até mesmo repetitivo ao tratar desta liberdade na Constituição de 88, na prática dos tribunais, a liberdade de expressão não tem tido tamanha prevalência e, sempre que se vê de frente com outros princípios, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, ela, na maioria das vezes, se dobra e se vê em segundo plano.

Outro caso judicial que demonstra a limitação que a liberdade de expressão vem sofrendo no Brasil é o emblemático caso de Siegfried Ellwanger.

O caso supramencionado se refere a um Habeas Corpus, HC 82.424/RS, que foi impetrado perante o Supremo Tribunal Federal contra uma condenação imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a Ellwanger, por prática do crime de racismo, tal condenação ocorreu, pois, Ellwanger estava a se empenhar na edição e venda de literaturas antissemitas e que negavam a existência do Holocausto, bem como, de ideias preconceituosas e discriminatórias.⁸⁷

Em setembro de 2003, por 7 votos contra 3, Siegfried Ellwanger viu seu Habeas Corpus negado, o entendimento do Supremo Tribunal Federal para o indeferimento do pedido foi o de que o crime de racismo é inafiançável e imprescritível, de acordo com o art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão nos termos da lei”⁸⁸.⁸⁹

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, incitar o preconceito de pessoas de uma determinada raça, através de concepções antissemitas e que tentam retomar e dar credibilidade aos pontos de vista étnicos estabelecidos pelo regime

⁸⁷ Habeas Corpus, HC 82.424/RS, disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

⁸⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro 2018.

⁸⁹ Habeas Corpus, HC 82.424/RS, disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

nazista, bem como o fato de negar acontecimentos históricos irrefutáveis como os ocorridos no holocausto e que foram consolidados na ânsia pela desqualificação e inferiorização dos judeus constitui crime de racismo e por certo não está amparado pela liberdade de expressão. Assim, uma vez que racismo é crime e não ato protegido pela liberdade de expressão, o que deverá prevalecer neste caso é a dignidade da pessoa humana dos ofendidos, bem como, o princípio da igualdade jurídica.⁹⁰

Essa decisão proferida pelo Superior Tribunal Federal foi considerada por integrantes da Corte como o mais relevante julgado da história deste tribunal em matéria de direitos humanos. Como se viu, decidiu-se, no julgamento, que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho antissemita, que podem ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo. E há vários outros casos em cortes inferiores apontando na mesma linha.⁹¹

O Ministro Marco Aurélio, que teve voto vencido, deu uma verdadeira aula sobre a liberdade de expressão, explicando sua importância para um Estado democrático de direito, bem como defendendo a posição de que a liberdade de expressão deverá garantir que pensamentos minoritários não sejam excluídos do espaço público, segundo ele, “garantir a liberdade de expressão apenas das ideias dominantes que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida”, neste mesmo sentido afirmou que, “quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por consequência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade.”. afirmou, ademais, que, “há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto.”⁹²

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 308.

⁹¹ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 209.

⁹² Habeas Corpus, HC 82.424/RS, disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs> >. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

Todavia, o Ministro Marco Aurélio não defendeu direito ilimitado para a liberdade de expressão. Segundo ele, é possível se limitar a liberdade de manifestação e pensamento dependendo da forma como esse pensamento é divulgado, ou seja, na opinião dele, se configuraria o crime de racismo caso Siegfried Ellwanger passasse a, por exemplo, distribuir panfletos nas ruas com dizeres do tipo, “morte aos judeus”, “vamos expulsar estes judeus do País”, “peguem as armas e vamos exterminá-los”. Entretanto, não foi o ocorrido, o autor do livro simplesmente escreveu a sua própria concepção sobre a história e nas palavras do Ministro, “A questão de fundo neste habeas corpus diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele ideias preconceituosas e antissemitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa.”.⁹³

Contrariamente ao entendimento do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes prolatou seu voto no sentido de que “O racismo configura conceito histórico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o antissemitismo.” e ainda defendeu que, “não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana.”.⁹⁴

Ainda, no caso Ellwanger, o Supremo Tribunal Federal discorreu sobre o conflito entre Direitos Constitucionais, ponderando se há ou não uma antinomia entre a liberdade de manifestação do pensamento e a condenação pelo crime da prática de racismo. Esse tema foi amplamente discutido pelo Supremo Tribunal Federal e a orientação fixada no acórdão foi a de que a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, tem limites jurídicos e não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações que implicam ilicitude penal. No caso concreto, explicita o acórdão: “O

⁹³ Habeas Corpus, HC 82.424/RS, disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs> >. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

⁹⁴ Habeas Corpus, HC 82.424/RS, disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs> >. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.”.⁹⁵

Desta forma, tem-se que, mesmo não sendo um entendimento unânime, juízes têm defendido a tese de que a liberdade de expressão não pode desrespeitar os direitos e garantias fundamentais daqueles que são o alvo do discurso. Simplificando, nossa liberdade de expressão vai até onde começa a os direitos fundamentais do outro. Ou seja, a liberdade de expressão tem sofrido grande limitação em detrimento de outros direitos inerentes a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, tem-se que, independentemente de no Brasil existir, no texto constitucional, a garantia da livre manifestação do pensamento sem censura prévia, caso a expressão manifesta seja forte e, de alguma forma, atinja negativamente uma parte da sociedade, este discurso poderá ser apreciado pelo Poder Judiciário e consequentemente, seus autores punidos civil e penalmente.⁹⁶

Pode-se concluir, então, que a liberdade de expressão, no Brasil, quando entra em conflito com outros direitos inerentes a dignidade da pessoa humana tem perdido o seu valor axiológico, ficando vulnerável a eles.

2.2.2 Estados Unidos da América

A mais evoluída democracia liberal é a norte-americana, que não limita a liberdade de expressão e se destaca pela grande proteção às liberdades de expressão e imprensa. Tal direito foi garantido no ano de 1791, por ocasião da aprovação da Primeira Emenda constitucional. Contudo, somente no curso do século XX, após a Primeira Guerra Mundial que a Liberdade de Expressão começou, efetivamente, a ser

⁹⁵ Habeas Corpus, HC 82.424/RS, disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs> >. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

⁹⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2007, p.40.

salvaguardada por parte do judiciário norte-americano e, a partir de então, a liberdade de expressão vem sofrendo uma gradativa ampliação da sua proteção, sendo que nos tempos atuais esta liberdade é o direito fundamental com maior prestígio na esfera da jurisprudência constitucional dos Estados Unidos da América.⁹⁷

A liberdade de expressão possui duas grandes vertentes num ponto de vista anglo-americano, que são a liberal e a republicana. Este direito tem uma garantia que está oscilando entre ser um bem de extensão ilimitada ou praticamente ilimitada, sendo um dos mais relevantes direitos constitucionais, tal relevância não é questionada e excluída nem por aqueles que defendem que existe uma conexão interna entre o autogoverno democrático e a liberdade de expressão.⁹⁸

Entretanto, essa grande proteção da liberdade de expressão acaba por atenuar o valor e a salvaguarda dos demais direitos constitucionais, tais como, a igualdade, privacidade e a honra, que venham a se contrapor aquela liberdade. E, neste sentido, constitui a sólida jurisprudência norte-americana de defesa constitucional dos mais tenebrosos discursos de intolerância e ódio dirigidas contra as minorias.⁹⁹

É relevante apontar que, a Primeira Emenda é abstrata e os advogados e juízes tentam encontrar uma justificação política para tal emenda. Dentre diversas justificativas, a maioria delas se enquadra nas duas categorias, já mencionadas anteriormente, e que foram desenvolvidas por Ronald Dworkin, a instrumental e a constitutiva.¹⁰⁰

A instrumental defende que quanto maior é o direito à liberdade de expressão, mais acertado será a escolha política, resguardando os cidadãos contra a tirania e obstando a corrupção. Por sua vez, a constitutiva consiste no conceito de que o Estado deve agir de forma a garantir aos indivíduos a possibilidade de serem autônomos e

⁹⁷ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do "Hate Speech"**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

⁹⁸ ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão**. Média, Direito e Democracia. Lisboa: Almedina, 2014. p. 41-66, p. 46.

⁹⁹ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do "Hate Speech"**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 318 e 319.

independentes, uma vez que são eles agentes morais individuais e responsáveis e capazes de terem acessos a toda informação ou opinião e por consequência formular sua própria linha de raciocínio, de forma livre e sem censura.¹⁰¹

A Primeira Emenda constitucional norte-americana, teoricamente, protege a liberdade de expressão de forma integral, “o Congresso não pode editar nenhuma lei ... limitando (abridging) a liberdade de expressão ou da imprensa”¹⁰². Todavia, mesmo ante tal defesa da liberdade de expressão, apenas alguns acreditam que esta liberdade possui um caráter absoluto, conforme se vê no texto da Primeira Emenda constitucional.¹⁰³

Sempre houve um consenso, a título de exemplo, de que a liberdade de expressão não abrangia a defesa de uma pessoa que gritasse “fogo”, maldosamente e com o intuito de causar confusão, em um cinema lotado, conforme argumentava o juiz da Suprema Corte Americana, Oliver Wendell Holmes, e, diversamente da aparente proteção absoluta, a todo momento se discutiu sobre a inevitabilidade de determinar algumas regras excepcionais de restrição ao uso desta liberdade, pois acredita-se que sem essas restrições a vida social se tornará impraticável.¹⁰⁴

Hoje em dia, os Estados Unidos da América contêm um método de defesa da liberdade de expressão bastante complexo, onde não se admite que a liberdade de expressão abranja toda e qualquer manifestação. Como exemplo este complexo sistema pode-se citar que alguns ramos não estão protegidos pela Primeira Emenda, como é o caso da a obscenidade, existe também alguns outros direitos que ainda são protegidos, mas de forma atenuada, que se tem como exemplo a propaganda comercial

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 318 e 319.

¹⁰² No original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” - The Constitution of the United States. Disponível em: < <http://constitutionus.com/>>. Acesso em: 22 de setembro 2018.

¹⁰³ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

e, ainda, aqueles direitos que são extremamente protegidos pela constituição, que são aqueles que possuem como ponto central o discurso político lato sensu.¹⁰⁵

De outra forma, também existe uma considerável diferença no modo em que o Estado regulamenta a liberdade de expressão, é que, as manifestações que estão associadas ao “tempo, lugar e forma” são naturalmente mais admitidas suas limitações, ou seja, as manifestações que são neutras no tocante a sua matéria, contudo, existe uma vigilância bem mais austera quando se trata de restrições ao conteúdo da manifestação e ainda mais implacável, sendo quase impossível a possibilidade de restrição, quando a regulação consiste em divergência no que se refere ao ponto de vista do cidadão.¹⁰⁶

Como exemplo de um dos elementos centrais desse esquema constitucional de proteção, pode-se citar a grande decisão tomada pela Suprema Corte no caso *New York Times vs. Sullivan*¹⁰⁷. Nesta decisão a Suprema Corte Americana chegou ao entendimento de que nenhum servidor público ou ocupante de cargo público¹⁰⁸ poderá sair vencedor em uma ação judicial ajuizada contra a imprensa, tal fato só se tornaria possível caso o autor da demanda conseguisse demonstrar que além da acusação feita pela imprensa ser falsa e nociva, ela foi publicada com “malícia efetiva”, ou seja, se conseguir provar que os jornalistas além de ter sido descuidados ou negligentes ao se proceder com as investigações para a reportagem, também a fizeram mesmo estando cientes de que ela era falsa ou com “temerária desconsideração” (*reckless disregard*) tendo em vista a autenticidade ou falsidade das informações

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

¹⁰⁷ *New York Times vs. Sullivan* - 376 U.S. 254 (1964). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>>. Acesso em: 25 de setembro 2018.

¹⁰⁸ “E, posteriormente, este mesmo standard foi estendido para indivíduos que, embora não sendo autoridades públicas, tenham uma posição pública de proeminência, como técnicos de time de futebol americano (*Curtis Publishing Co. vs. Butts*- 388 U.S. 130 (1967)) e advogados em casos rumorosos (*Gertz vs. Robert Welch Inc.*- 418 U.S. 323 (1974))”. - SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

existentes na notícia. Tal decisão foi tomada com base na Primeira Emenda à Constituição, que prevê que “não poderá ser elaborada nenhuma lei que limite a liberdade de expressão ou a liberdade de imprensa”.¹⁰⁹

O discurso do ódio - *hate speech*, que consiste em manifestações que possuem expressões que subestima ou desqualifica alguém com fundamento em suas características, como por exemplo, a sua raça, gênero, religião, entre outros, é o assunto que tem gerado, nas últimas décadas, maior controvérsia na jurisprudência referente a Primeira Emenda. Em alguns Estados, bem como muitas universidades vêm buscando formas para regulamentar os discursos do ódio sob o fundamento de que ao serem prolatados estes discursos geram graves danos não só no seu público-alvo mas também na sociedade como um todo. Todavia, em contrapartida, os que defendem o *hate speech* acreditam que a sociedade deve fazer de tudo para combater a intolerância e o preconceito, contudo não deve fazê-lo através da restrição à liberdade de expressão, seja ela odiosa ou não.¹¹⁰

Ademais, esses discursos do ódio, cheios de racismo e que destoam da opinião majoritária, tem encontrado amparo na jurisprudência americana sob o fundamento de que as limitações ao *hate speech* não passam de restrições feitas a um discurso público fundado no ponto de vista da pessoa que esta se expressando e a restrição a esse tipo de discurso são, regra geral, inconstitucionais.¹¹¹

Ou seja, o espaço público deve ser neutro, sem interferência do Estado, para que os cidadãos sejam livres para se expressarem. Entretanto, existe uma limitação, pois não é permitido que o indivíduo faça manifestações que pela sua natureza ocasionem um imediato comportamento violento entre o público presente. Para esse tipo de discurso a doutrina norte-americana deu o nome de *fighting words*¹¹². Todavia, a razão

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 311.

¹¹⁰ HEYMAN, Steven J.. **Free Speech and Human Dignity**. Yale University Press, 2008, p. 164

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 214 e 215.

¹¹² A Suprema Corte norte-americana tem o entendimento de que é lícito a proibição e penalização dos discursos que geram desordem pública, *fighting words*, contudo tal penalização tem que ser de forma igualitária, ou seja, não pretendendo punir apenas as ideias repudiadas pela maioria da sociedade. Caso esta não fosse a intenção da norma, ela seria considerada inconstitucional, já que não pode haver disparidade no tratamento dado aos discursos.

“Vale a pena também mencionar o caso – R.A.V. vs. City of St. Paul –, decidido em 1992, em que a Suprema Corte relativizou até a doutrina das *fighting words* em favor da proteção às manifestações de

da doutrina das *fighting words* não é a defesa aos direitos das vítimas dos discursos racistas e cheios de ódio, mas sim a garantia da ordem e da paz nos locais públicos.¹¹³

Mister salientar que a questão do *hate speech* não é pacífica entre os cidadãos, sendo que esta abrangente defesa à liberdade de expressão, mesmo quando se trata de discursos contra minorias, gerou uma verdadeira fissura dos norte-americanos que defendem os direitos humanos. Anteriormente a intensificação dos debates sobre a liberdade de expressão, o entendimento comum estava firmado no sentido de que a liberdade de expressão e a proteção aos direitos das minorias caminhavam juntos e sempre pelos mesmos ideais, um exemplo deste paralelo ocorreu nas décadas de 50 e 60 quando a liberdade de expressão foi fundamental na batalha pela consolidação dos direitos civis dos negros. A questão de limitação da liberdade de expressão era uma luta da Direita contra a Esquerda, uma vez que esta representava os interesses das

racismo. Naquele caso, um grupo de jovens fora preso por ter invadido o quintal de uma família de afrodescendentes e lá colocado fogo numa cruz (recorde-se que o crucifixo em chamas é o símbolo da Ku Klux Klan). Eles foram condenados no âmbito estadual com base em legislação local que instituía a figura do “crime motivado por preconceito” (bias motivated crime), tipificando a conduta daquele que “colocasse em propriedade pública ou privada algum símbolo, objeto, palavra, sinal ou grafite, incluindo, mas não exclusivamente, cruz em fogo e suástica, sabendo ou tendo base razoável para saber que o mesmo causa raiva, medo ou ressentimento em outros com base em raça, cor, credo, religião ou gênero”. A Suprema Corte do Estado de Minnesota já havia determinado que a lei em questão deveria ser interpretada de acordo com a Constituição, de forma restritiva, de modo a atingir apenas aquelas condutas que pudessem ser consideradas como *fighting words*, e parecia longe de qualquer dúvida que a ação dos acusados enquadrava-se bem naquela moldura.

Não obstante, a Suprema Corte norte-americana invalidou a condenação, por entender inconstitucional a lei em questão, mesmo na exegese restritiva adotada pelo Tribunal de Minnesota. Numa decisão tomada por 5 votos a 4 e redigida pelo Justice Scalia, a Corte afirmou que seria lícito ao Estado proibir e penalizar o uso de *fighting words*, mas não fazê-lo de forma parcial, como no caso, visando a atingir apenas determinadas ideias ou concepções repudiadas pela maioria da sociedade. Segundo o Tribunal, o legislador na hipótese em questão pretendia atingir apenas as manifestações de intolerância racial, religiosa ou de gênero, violando, com isso, o seu dever de neutralidade em relação aos diversos pontos de vista existentes na sociedade. Nas palavras de Scalia, para a lei em discussão, “cartazes contendo algumas palavras – ofensas raciais odiosas, por exemplo – seriam proibidas para os proponentes de todos os pontos de vista. Mas ‘*fighting words*’ que por si só não invocassem raça, cor, credo, religião ou gênero – afirmações sobre a mãe de alguém, por exemplo – poderiam aparentemente ser usadas à vontade nos cartazes daqueles que defendessem a tolerância e a igualdade raciais, de cor, etc., mas não poderiam ser usadas pelos seus oponentes”. Isto, segundo a Corte, bastaria para caracterizar a inconstitucionalidade da norma, já que “St. Paul não tem o poder de autorizar um lado do debate a lutar luta-livre e requerer que o outro lado siga as regras de etiqueta do Marquês de Queensbury”. - SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

¹¹³ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 214 e 215.

minorias. Repentinamente, a liberdade de expressão ganha uma abrangência tão grande que alguns passaram a acreditar que ela deixou de ser uma arma para a libertação dos grupos menos favorecidos e passou a ser um meio facilitador para a opressão de grupos estigmatizados.¹¹⁴

Desta forma, pode-se chegar a conclusão de que nos Estados Unidos as manifestações de ódio e intolerância contra os grupos minoritários estão resguardadas pela liberdade de expressão, mas este entendimento que a Suprema Corte adotou não é nem de longe uma opinião consensual na academia e na sociedade, tendo em vista que juristas norte-americanos ligados a movimentos como a *Critical Race Theory*, feministas, que lutam pela melhoria do estatuto das minorias étnicas, bem como alguns liberais do *mainstream*¹¹⁵ passaram a se distanciar da visão libertária no que diz respeito a liberdade de expressão e passaram a aderir uma opinião crítica em relação ao entendimento sobre o *hate speech* adotado pela jurisprudência. Em contrapartida, outros liberais, não obstante o seu engajamento com os direitos das minorias em diferentes causas, vão permanecer militando no *frot* tradicional, contra qualquer tentativa de limitação às liberdades comunicativas.¹¹⁶

2.2.3 Portugal

A liberdade de expressão em Portugal teve um período de três séculos onde o pensamento era negado e havia uma perseguição pré-totalitária, uma vez que a Inquisição tinha sido instaurada em 1536, existindo, também, uma censura generalizada, bem como o execrável Índice Expurgatório Lusitano¹¹⁷. Todavia, apesar

¹¹⁴ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 219.

¹¹⁵ *mainstream* que traduzido para o português significa “corrente principal”, é um termo inglês que designa o pensamento da maioria da população.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 214 e 215.

¹¹⁷ “Não sabemos que tenha havido censura preventiva (a que obriga o escrito, antes de sair à luz do dia, a ir à mesa do examinador que pode autorizar ou proibir) em Portugal antes do estabelecimento da Inquisição, em 1536. Nos finais do século XV, os papas Sisto IV e Inocêncio VIII, diversos bispos e universidades, como a de Colónia, e os de Mogúncia e Wurzburg, exigem a aprovação para os livros antes de eles saírem da tipografia. Aparece também, por essa altura, o *imprimatur* nalguns livros, em Espanha, Veneza e Colónia, sinal de que o livro havia sido revisto e passara as malhas.

da evidente influência francesa que ficaram ainda mais explícitas nas sistemáticas referências constitucionais aos excessos da liberdade de imprensa, durante o período liberal, mais precisamente no decorrer do constitucionalismo monárquico, o ambiente político passou a ser mais oportuno para a ampliação da importância da liberdade de expressão.¹¹⁸

Contudo, essa ampliação da liberdade de expressão foi cessada devido a implantação da ditadura militar e do Estado Novo. Assim, mesmo após séculos onde houve o enfraquecimento do pensamento, bem como a supremacia da tradição francesa, sucedeu uma curta temporada de exercício e conhecimento sobre a liberdade de expressão, para que então, de 1536 a 1974 a censura reinasse absoluta em Portugal. Por fim, a tradição francesa associou-se as praxes de meio século de uma coibição concreta do pensamento.¹¹⁹

Após este longo período repressão, a liberdade de expressão finalmente ganhou espaço em Portugal e foi positivada na Constituição da República Portuguesa de 1976.

A Constituição da República Portuguesa utiliza de um conceito em sentido restrito para a liberdade de expressão, positivando em seu artigo 37º, nº 1, 1ª parte que, “todos tem o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra,

No dia 1 de junho de 1501, a constituição Inter Multiplices, expedida por Alexandre VI, dirige-se particularmente Às províncias eclesiásticas de Colónia, Mogúncia, Treves e Magdeburg. Impõe os impressores locais, sob pena de excomunhão, o dever estrito de submeter à censura do ordinário qualquer texto que fosse confiado à imprensa.

Essa constituição aplicava-se a determinadas dioceses; mas, em Espanha, no dia 8 de Junho de 1502, os Reis Católicos assinam em Toledo as famosas Pragmáticas del Reyno em que mandam e proíbem aos livreiros e impressores que não ouseis fazer, nem imprimir de molde nenhum livro de nenhuma faculdade ou leitura, ou obra que seja pequena ou grande em latim ou em romance, sem que primeiramente hajais para ela nossa licença ou especial mandado, ou das pessoas que para tal tenham nosso mandato.

Note-se que a Inquisição estava em Espanha desde antes da conquista de Granada. Em Portugal, só em 1534 nos aparece um projeto de alvará de D. João III, de 23 de Dezembro desse ano, em que Alfredo Pimenta vê uma censura civil, mas em que I. Révah não encontra mais do que um privilégio, por dez anos, a favor de Simão Fernandes para imprimir um Regimento da Arte de Navegar” - RÊGO, Raul. **Os Índices Expurgatórios e a Cultura Portuguesa**. Biblioteca Breve; Série Pensamento e Ciência. Instituto de Cultura e Língua Portuguesa: Lisboa, 1982, p. 12 e 13.

¹¹⁸ ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão**. Média, Direito e Democracia. Lisboa: Almedina, 2014. p. 41-66, p. 47 e 48.

¹¹⁹ ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão**. Média, Direito e Democracia. Lisboa: Almedina, 2014. p. 41-66, p. 47 e 48.

pela imagem ou por qualquer outro meio”^{120 121}, e, posteriormente, normatiza um grupo de outros direitos que são adequadamente independentes, no artigo 37º, nº 1, 2ª parte, prevê o direito de informar e de ser informados, o artigo 38º, traz a liberdade de imprensa e meios de comunicação social e, por fim, enumera um grupo com direitos menores, como é o caso do artigo 37º, nº 4 que diz sobre o direito de resposta e de retificação e o artigo 40º que traz os direitos de antena, de resposta e de réplica política.

122

Apesar de a utilização da liberdade de expressão em sentido amplo ¹²³ estar crescendo em Portugal, segundo o professor José Melo Alexandrino, a liberdade de expressão tem um conceito estrito neste país, uma vez que, para ele, a liberdade em sentido amplo não condiz com as escolhas do constituinte e também por não ter explicação no aspecto, na redação ou na disposição da Constituição, bem como, porque esta não é uma tradição portuguesa e também não representar a forma mais correta para o esclarecimento e a realização dos valores e interesses constitucionais em presença, além do mais, defende que os direitos de informação e a liberdade de imprensa são casos especiais da liberdade de expressão. Assim sendo, a elaboração e a aplicação das liberdades de comunicação em um sentido mais amplo, mesmo que seja capaz de se assumir apenas como um instrumento pragmático, não seria apto para elaborar os seus próprios efeitos normativos, além dos que já se originam de cada um dos direitos fundamentais. ¹²⁴

¹²⁰ Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 27 de setembro 2018.

¹²¹ “Um conceito restrito de ‘liberdade de expressão e opinião’ é também o que está formulado no artigo 14 do Código do Trabalho, que apresenta ainda a particularidade de formular ainda dois limites diretos à liberdade de expressão no âmbito da empresa: (i) o respeito pelos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador; (ii) e o respeito do normal funcionamento da empresa.” - ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão**. Média, Direito e Democracia. Lisboa: Almedina, 2014. p. 41-66, p. 42.

¹²² ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão**. Média, Direito e Democracia. Lisboa: Almedina, 2014. p. 41-66, p. 41 e 42.

¹²³ O conceito amplo de liberdade de expressão abrange tanto a liberdade de expressão em sentido estrito quanto o direito de informação e a liberdade de imprensa. - ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão**. Média, Direito e Democracia. Lisboa: Almedina, 2014. p. 41-66, p. 41.

¹²⁴ ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão**. Média, Direito e Democracia. Lisboa: Almedina, 2014. p. 41-66, p. 42 e 43.

Hoje em dia, na II República portuguesa, não há como dizer que a liberdade de expressão se manifeste de forma desnaturalizada, uma vez que, de um lado, a normatização desta liberdade como a principal dentre as liberdades de comunicação demonstra que a constituição reconhece e quis positivar de forma a demonstrar a sua elevada importância dentre as demais liberdades comunicativas e de outra forma, o modo pelo qual os teores foram empregues no enunciado constitucional, eles se apresentam como um conceito simpático à liberdade de expressão, como por exemplo quando se refere ao “direito de exprimir e divulgar livremente” e “por qualquer outro meio”, tais moldes não encontram correlato nas generalidades das Constituições e nem sequer no Direito internacional e, tem-se também que, a Constituição de 1967 retirou de forma intencional a possibilidade de haver uma restrição a esse direito fundamental.¹²⁵

Ademais, tamanha relevância da liberdade de expressão no sistema Constitucional se dá pelo fato de que ela se fundamenta tendo como base e em razão da dignidade da pessoa humana, uma vez que é através da liberdade de expressão que o indivíduo se vê como um ser autónomo e central na elaboração de sentido e cultura; pelas escolhas primordiais feitas pelo legislador constituinte, no que se refere a consagração do direito e do regime jurídico ao qual está suscetível; porque não é admissível que a liberdade de expressão pare de ser um componente vital do Estado constitucional, uma vez que ela é um item estruturante do sistema de direitos fundamentais, bem como indispensável composição de um Estado democrático, e principalmente por ter sido positivada sem que haja nenhuma ressalva de leis restritivas, bem como sem nenhum limite direto; por último, na esfera no constitucionalismo multinível, a relevância desta liberdade tem sido constantemente admitida pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.¹²⁶

Já no que se refere à essência da figura, a liberdade de expressão é um direito fundamental primário que se identifica em um grupo de direitos ao qual a Constituição material não pode dispor e que se expressa sobretudo com uma

¹²⁵ ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão.** Média, Direito e Democracia. Lisboa: Almedina, 2014. p. 41-66, p. 45.

¹²⁶ ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão.** Média, Direito e Democracia. Lisboa: Almedina, 2014. p. 41-66, p. 48.

roupagem de direito subjetivo fundamental. Por conseguinte, não se diz respeito nem de um direito funcionalizado, nem para a democracia e nem para a ordem constitucional, tampouco de um direito que é atribuído por uma dupla dimensão ou de um duplo carácter e, por renunciar essa dupla dimensão às figuras obtidas dos padrões dos direitos humanos, que já possuíam importância mesmo antes da sua normatização. Entretanto isto não impossibilita que a norma de direito fundamental e a respectiva inserção no sistema constitucional consiga suceder efeitos jurídicos de conteúdo distinto e também não impede que o direito fundamental em questão possa ser útil a tantos outros bens. A demonstração de que possui uma essência de direito básico aparece na comprovação de que caso não haja a liberdade de expressão não estará lesionando unicamente o pensamento, mas da mesma forma ofender de forma instantânea a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º da Constituição portuguesa, bem como na autonomia individual e no desenvolvimento da personalidade, conforme artigo 26º, nº 1 da citada Constituição, anulando, assim, o próprio ser humano.¹²⁷

Em Portugal ainda não houve nenhuma decisão pragmática sobre o tema da liberdade de expressão, todavia, alguns acórdãos prolatados pelo Tribunal Constitucional português são capazes de exemplificar em qual sentido têm caminhado o entendimento acerca da liberdade de expressão em Portugal.¹²⁸

Conforme acórdão n.º 258/2006 referente ao processo de n.º 333/06¹²⁹, a liberdade de propaganda, numa concepção jurídica-constitucional, foi considerada

¹²⁷ ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão.** Média, Direito e Democracia. Lisboa: Almedina, 2014. p. 41-66, p. 49 e 50.

¹²⁸ ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão.** Média, Direito e Democracia. Lisboa: Almedina, 2014. p. 41-66, p. 44.

¹²⁹ Neste processo foi requerido, conforme relatório: “O Representante da República para a Região Autónoma da Madeira requereu, ao abrigo do disposto no artigo 278.º, n.os 2 e 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP) e nos artigos 51.º, n.º 1, e 57.º, n.º 1, da Lei sobre Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), a apreciação preventiva da constitucionalidade de normas do decreto legislativo regional que «define o regime de afixação ou inscrição de mensagens de publicidade e propaganda na proximidade das estradas regionais e nos aglomerados urbanos», aprovado pela Assembleia Legislativa em sessão plenária de 7 de Março de 2006 e recebido no seu Gabinete, para os efeitos previstos no artigo 233.º da Constituição, no dia 24 do mesmo mês de Março, identificando essas normas como sendo as «normas antes especificadas e contidas nos artigos 1.º, n.º 1, 3.º, 5.º, 6.º e 13.º» e «as demais normas que se apresentem com carácter instrumental relativamente às normas proibitivas da afixação e inscrição de mensagens de propaganda», mas tudo tão-somente na medida em que se reportem «às mensagens de propaganda, nestas se compreendendo, nomeadamente, a actividade de propaganda político-partidária fora dos períodos de campanha

uma forma de liberdade de expressão e, tendo em vista tal fato, o ato de positivarem no ordenamento jurídico uma restrição total de afixação ou inscrição de propaganda fora dos aglomerados urbanos, bem como a proibição da afixação ou inscrição das propagandas fora dos locais viabilizados pelas câmaras municipais, excedem a uma trivial normatização do exercício de um direito, mas pelo contrário, constituem uma séria e própria redução ao direito à liberdade de expressão que foi consagrado e assegurado pela Constituição portuguesa no seu artigo 37.º, n.º 1 e afetando e atingindo, da mesma forma, o conteúdo deste direito fundamental.¹³⁰

Ainda, conforme entendimento do Tribunal Constitucional, a liberdade de expressão que foi positivada no artigo 37.º, n.º 1 da Constituição portuguesa assegura e abrange não só o direito de expor o seu próprio ponto de vista, sendo este um aspecto substantivo, mas também garante o direito de usar livremente dos meios através dos quais essa opinião pode ser propagada, sendo este um aspecto instrumental, principalmente para a finalidade de elaborar uma propaganda de natureza político-partidário. Dessa forma, o entendimento do Tribunal foi no sentido de que aqueles normativos não possuem legalidade constitucional, tendo em vista que o tema refere à liberdade de expressão, que foi posto em causa, se associa a esfera dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e estes direitos estão sob competência total e exclusivo da Lei da Assembleia da República, salvo delegação legislativa no Governo.

131

Uma outra decisão que confirma o entendimento acima é a que consta no acórdão de número 254\2011 referente ao processo 426\2011. Neste processo a Comissão Nacional de Eleições solicitou a intervenção do Ministério Público para que o tempo de antena do partido político PND - Nova Democracia, fosse suspenso sob o argumento de que o partido estava cometendo ilícito eleitoral pois exibiam um vídeo que continha “expressões e imagens que podem constituir crime de difamação ou injúria e ofensas às instituições democráticas.”, bem como “imagens e expressões que

eleitoral». - Acórdão n.º 258/2006. Disponível em < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/633942/details/maximized> >. Acesso em: 07 de outubro 2018.

¹³⁰ Acórdão n.º 258/2006. Disponível em < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/633942/details/maximized> >. Acesso em: 07 de outubro 2018.

¹³¹ Acórdão n.º 258/2006. Disponível em < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/633942/details/maximized> >. Acesso em: 07 de outubro 2018.

podem ser consideradas como constituindo apelo à desordem, ou incitamento ao ódio e à violência”.¹³²

O acórdão julgou improcedente o requerimento do Ministério Público sob o fundamento de que a liberdade de propaganda requer um regulamento próprio para a prática das liberdade de expressão, reunião e manifestação no decorrer as campanhas eleitorais, afirmando que é quase impossível expor o que vai mal no funcionamento das instituições políticas sem que de alguma forma tal explanação afete o bom nome e a reputação dos adversários e afirmando ainda que nesta época é recorrente utilizar de argumentos envoltos de exagero, distorções e outras formas de comunicação próximas das fronteiras da linguagem aceitável.¹³³

Ademais defenderam que o vídeo que fazia parte da campanha eleitoral não trazia, objetiva ou subjetivamente, uma mensagem de estímulo à violência, ao ódio ou a desordem pública, mesmo se se levar em conta que receptor desta propaganda poderia ser uma pessoa não esclarecida, ingénua ou que estava momentaneamente desatenta. Não obstante, sustentaram a ideia de que o princípio da liberdade de propaganda eleitoral engloba não só as propagandas positivas, mas também as puramente negativas e nas liberdades de comunicação estão contidos tanto os anúncios inocentes e triviais ou os que são convenientes, mas compreendem, também, as informações que sejam capazes de afligir o Estado ou um fragmento da população, uma vez que isso é o corolário do pluralismo, da tolerância e do espírito aberto, elementos que sem os quais não há um Estado democrático.¹³⁴

Ante tais decisões pode-se entender que o Tribunal Constitucional Português, apesar de ainda não ter julgado nenhum caso pragmático sobre a liberdade de expressão, têm entendimento voltado para uma defesa mais abrangente da liberdade de expressão, ou seja, defendem que este direito deve resguardar até mesmo os discursos que de alguma forma atingem e preocupam o Estado e parte da população

¹³² Acórdão n.º 254\2011. Disponível em < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/2946193/details/maximized> >. Acesso em: 08 de outubro 2018.

¹³³ Acórdão n.º 254\2011. Disponível em < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/2946193/details/maximized> >. Acesso em: 08 de outubro 2018.

¹³⁴ Acórdão n.º 254\2011. Disponível em < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/2946193/details/maximized> >. Acesso em: 08 de outubro 2018.

e não apenas garantir uma liberdade de expressão para aquelas opiniões politicamente corretas que estão em sintonia com o que os governantes e as maiorias acreditam.

2.2.4 Outras Proteções Constitucionais e Internacionais à Liberdade de Expressão

Além dos países supramencionados, a liberdade de expressão também possui lugar em constituições de outros países, bem como em tratados internacionais, que se passa a exemplificar.

Em 1982, no Canadá, foi aprovada a Carta Canadense de Direitos e liberdade, que traz em seu artigo 2 (b), o direito à liberdade de expressão. Segundo este artigo, “2. Todos têm as seguintes liberdades fundamentais: (b) liberdade de pensamento, crença, opinião e expressão, incluindo a liberdade de imprensa e outros meios de comunicação;¹³⁵”. Entretanto, esta mesma Carta defende o direito à igualdade em seu artigo 15, “15. (1) Todo indivíduo é igual perante e sob a lei e tem direito a igual proteção e igual benefício da lei, sem discriminação e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência mental ou física.”, garantindo, ainda, em seu artigo 15 (2), a possibilidade de criação de “lei, programa ou atividade que tenha por objetivo a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos”.¹³⁶

Além disso, a Carta Canadense, em seu artigo 1, traz uma expressa permissão para a criação de restrições aos direitos fundamentais nela previstos, contanto que tais restrições sejam razoáveis, elaboradas através de lei, bem como ter um real motivo para a sua existência em uma sociedade livre e democrática. Desta forma, a corrente majoritária tem ido no sentido de que este requisito, para que os limites aos direitos sejam demonstrados de forma justificada, compreende um duplo controle, sendo o primeiro, uma vigilância no que se refere ao propósito que fundamenta a limitação,

¹³⁵ The Canadian Charter of Rights and Freedom. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

¹³⁶ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 31 de outubro 2018.

justificação esta que deve ser “urgente e substancial” (pressing and substantial). E, posteriormente, deverá haver uma fiscalização no que tange a própria medida restritiva, que deverá respeitar o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão, ou seja, deverá existir uma razoável conexão entre a restrição imposta e a finalidade a que se pretende chegar; a restrição ao direito fundamental não deve ultrapassar ao mínimo necessário para que consiga alcançar aquele fim; e os prejuízos decorrentes da restrição aos direitos fundamentais não deverão ser maiores do que os benefícios que irão advir com a realização da meta proposta.¹³⁷

Desta forma, pode-se perceber, através deste quadro normativo, bem como da excessiva precaução com a salvaguarda dos direitos das minorias e tendo em vista que a cultura jurídica canadense é menos individualista do que a dos Estados Unidos da América, a Suprema Corte do Canadá tem se posicionado de maneira oposta ao *hate speech* e a sua proteção constitucional¹³⁸, todavia não deixa de proteger a liberdade de expressão, em alguma medida.¹³⁹

Já na Alemanha, a liberdade de expressão está positivada no ordenamento jurídico no artigo 5.1 da Lei Fundamental de Bonn que garante que “todos têm o direito de livremente expressar e disseminar a sua opinião e de se informar sem restrições a

¹³⁷ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 31 de outubro 2018.

¹³⁸ “O leading case na matéria foi Regina vs. Kegstra, julgado em 1990. No caso em questão, discutiu-se a constitucionalidade da condenação criminal de um professor de 2º grau que defendia e ensinava entre os seus alunos doutrinas antissemitas. Nas suas “lições”, o professor James Kegstra afirmava que os judeus eram “traíçoeiros”, “amantes do dinheiro”, “assassinos de criança”, que queriam destruir a Cristandade e eram responsáveis por depressões, guerras e caos. O Holocausto, segundo ele, teria sido inventado pelos judeus para atrair simpatia da comunidade internacional. O crime que lhe foi imputado era o de “promover propositadamente o ódio contra algum grupo identificável”, através de comunicação que não fosse mera “conversa privada”, previsto no art. 319 (2) do Código Penal do Canadá. O item 7 deste mesmo dispositivo definira como “grupo identificável” qualquer seção da sociedade que se caracterize pela cor, raça, religião ou origem étnica. A decisão da Suprema Corte canadense, por 4 votos a 3, foi no sentido da manutenção da condenação e afirmação da constitucionalidade da lei que criminalizara o hate speech.” - SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 31 de outubro 2018.

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 31 de outubro 2018.

partir de todas as fontes acessíveis. A liberdade da imprensa e da comunicação através do rádio e do cinema são garantidas. Não haverá censura”. Entretanto, o artigo 5.2 autoriza de forma categórica a possibilidade de haver limitação à liberdade de expressão, uma vez que prevê que os direitos garantidos pelo artigo 5.1, “não terão outros limites que os preceitos das leis gerais, as regras de proteção dos menores e o direito à honra pessoal”. E por fim, o artigo 5.3 prescreve que “a arte, a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensinar não dispensa ninguém da lealdade em relação à Constituição”.¹⁴⁰

Não obstante, a liberdade de expressão é estimada como um dos principais direitos fundamentais do sistema constitucional alemão, todavia, ela não possui um lugar de predomínio sobre os outros direitos fundamentais, conforme acontece nos Estados Unidos da América e, de maneira semelhante ao que ocorre no Canadá, os tribunais alemães tem utilizado o método da ponderação para solucionar conflitos entre a liberdade de expressão e outros bens jurídicos, especialmente quando estes bens jurídicos fazem parte dos direitos da personalidade e, utilizam para isto o princípio da proporcionalidade¹⁴¹. Ademais, o valor máximo da ordem jurídica alemã se encontra não na liberdade de expressão e sim na dignidade da pessoa humana.¹⁴²

Ademais, a Alemanha tem um entendimento de que, assim como com os outros direitos fundamentais, apesar de determinados arroubos retóricos, a liberdade de expressão é um direito que possui uma dupla dimensão, sendo elas: subjetiva e

¹⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf> >. Acesso em: 31 de outubro 2018.

¹⁴¹ “Só para citar um exemplo dentre os inúmeros existentes, recorde-se o caso Lebach – 35 BVerfGE 202 –, em que a Corte Constitucional proibiu a exibição de um programa de televisão que reconstituiria um crime, vários anos depois da sua ocorrência, no momento em que o culpado estava próximo de ser solto da prisão. O argumento da Corte foi o de que, por um lado, como o crime havia ocorrido há muito tempo, não havia um interesse público atual no seu debate, e, por outro, a exibição do programa inviabilizaria a ressocialização do réu, violando os seus direitos da personalidade. Portanto, na ponderação realizada neste caso, prevaleceram os direitos da personalidade sobre a liberdade de expressão.” - SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf> >. Acesso em: 31 de outubro 2018.

¹⁴² SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf> >. Acesso em: 31 de outubro 2018.

objetiva. A dimensão subjetiva é de direito subjetivo e que garante parte da liberdade ante ao poder pública e a dimensão objetiva que possui valor e princípio objetivo de ordem democrática e constitucional.¹⁴³

Ou seja, a liberdade de expressão exerce uma dupla função, que é a de um direito subjetivo primordial para a autorrealização dos seres humanos no âmbito da vida social e a de um direito objetivo característico de um sistema democrático, uma vez que proporciona a elaboração de uma opinião pública bastante instruída e assegura um debate diversificado e amplo no que se refere a assuntos que são de interesse público. E, neste sentido, conforme destacou a Corte Constitucional alemã, “O direito fundamental à liberdade de expressão da opinião é a mais direta expressão da personalidade humana em sociedade ... Para um Estado livre e democrático, ele não é nada menos do que constitutivo, por que é apenas através dele que o constante debate intelectual, o confronto de opiniões, que é o seu elemento vital, torna-se possível ... Ele é de certa maneira a base de qualquer tipo de liberdade, a matriz, a indispensável condição de quase toda outra forma de liberdade”^{144, 145}

A perspectiva que a Alemanha tem referente a liberdade de expressão é a de que esta liberdade não é apenas um mero direito negativo em face do Poder Público, mas, o oposto a isto, a jurisprudência constitucional germânica já se pronunciou defendendo a tese de que o Estado possui, por exemplo, o dever de agir positivamente de forma a editar a legislação pertinente para reparar e viabilizar a difusão de opiniões diversas no espaço televisivo, com o intuito de assegurar que a sociedade tenha a possibilidade de acessar uma ampla gama de informações e percepções plurais. Além disso, a concepção que a Corte Constitucional da Alemanha tem é a de que a liberdade de expressão, como valor objetivo da ordem constitucional alemã, não envolve apenas

¹⁴³ ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão**. Média, Direito e Democracia. Lisboa: Almedina, 2014. p. 41-66, p. 46 e 47.

¹⁴⁴ Decisão judicial 7 BVerfGE, 198, 208 (1958) apud SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 31 de outubro 2018.

¹⁴⁵ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 31 de outubro 2018.

o âmbito das relações públicas entre os indivíduos e o Estado, mas reflete também nas relações existentes entre os particulares.¹⁴⁶

Uma outra variável relevante na concepção alemã no tocante ao *hate speech* é o que a doutrina germânica conhece como “*streitbare Demokratie*”, em português, “democracia militante”. No conceito de democracia militante está compreendido uma ideia de que o Estado tem a obrigação de proteger a democracia contra os seus “inimigos”, ou seja, contra aquelas pessoas que não concordam com as normas previstas em um governo democrático e planejam subvertê-las. E, para garantir a defesa da democracia a Alemanha coibiu, por meio de Lei Fundamental, a formação de associações que tem como intuito a oposição a ordem constitucional ou oposição na intenção de conciliação entre os povos, legislou no sentido de que um cidadão possa ter seus direitos fundamentais destituídos, pela Corte Constitucional, para todos os que excederem no exercício das suas liberdade constitucionais com o intuito de combater a ordem constitucional liberal e democrática, bem como impediu os partidos políticos que tinham o intuito de afrontar ou a aniquilar a ordem constitucional liberal e democrática ou colocar em perigo a existência da República Federal da Alemanha.

147

Desta forma, o Direito infraconstitucional alemão possui uma abrangente gama de ferramentas para adversar e penalizar aqueles que manifestam o *hate speech*¹⁴⁸, tais

¹⁴⁶ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf> >. Acesso em: 31 de outubro 2018.

¹⁴⁷ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf> >. Acesso em: 31 de outubro 2018.

¹⁴⁸ “O caso mais debatido da Corte Constitucional alemã sobre hate speech envolveu a negação do Holocausto. Com efeito, o Tribunal, em julgado de 1994⁶⁷, deliberou sobre a constitucionalidade de ato do governo da Baviera, que condicionara a autorização a um congresso promovido por organização de extrema-direita, para o qual estava convidado o mais conhecido “historiador” revisionista, David Irving, ao compromisso de que, no encontro, não se sustentasse a tese de que o Holocausto não teria acontecido, tratando-se de mera invenção da comunidade judaica. As autoridades estatais tinham baseado o seu ato em lei que permitia a proibição de reuniões em que houvesse violações à lei penal. A principal violação vislumbrada no caso era o insulto contra o povo judeu. Entendeu a Corte que a negação do Holocausto não era uma manifestação de opinião, mas a afirmação de um fato, e que as afirmações inverídicas sobre fatos, por não contribuírem em nada para a formação da opinião pública, não são constitucionalmente protegidas pela liberdade de expressão. No julgamento, o Tribunal ainda destacou que a singularidade do Holocausto o teria convertido em elemento constitutivo da própria identidade do cidadão de origem judaica, que se reflete na sua relação

como, a criminalização, pelo Código penal alemão, de quem fomenta o ódio, ofensa ou insulto a dignidade humana de algumas pessoas da sociedade ou de grupos que são reconhecidos por sua nacionalidade, etnia, raça ou religião; bem como a punição para quem se associar em instituições que pregam o neonazismo, bem como a exposição de símbolos, uniformes, bandeiras e saudações nazistas; a vedação, pela legislação administrativa, de realização de encontros ou manifestações em que haja a prática dos discursos do ódio, sendo que caso isso ocorra poderá haver a dissolução instantânea pelas autoridades públicas; a comercialização de livros e publicações que estimulam ao ódio racial em um catálogo diferenciado para que não seja acessível a sua promoção e compra por crianças e adolescentes; o impedimento de programas de rádio e de televisão que propiciam a segregação, estimulem ao ódio, difamem ou humilhem grupos nacionais, raciais, étnicos ou religiosos; e as ações injuntivas e de indenização por danos morais no Direito Civil.¹⁴⁹

Desta forma, pode-se concluir que na Alemanha o hate speech não é tolerável, todavia a liberdade de expressão também não carece de proteção e, principalmente quando se trata de discussões onde há o interesse público, a liberdade de expressão ganha bastante espaço. Entretanto quando se trata de um confronto entre as liberdades comunicativas e a dignidade da pessoa humana, há uma defesa mais acentuada para a salvaguarda dos direitos da personalidade de grupos minoritários que se encontram circunstâncias menos favoráveis, como é o caso dos judeus e das pessoas com deficiência física, por exemplo. O método utilizado para resolver as colisões entre direitos é a ponderação dos bens em jogo, levando sempre em consideração o

com a sociedade alemã. Portanto, negar este terrível acontecimento histórico implicaria, na ótica da Corte, em continuar a discriminação contra o povo judeu. Com esta argumentação, a Corte alemã reconheceu a validade da restrição à liberdade de expressão praticada pelo governo da Baviera.” - SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 31 de outubro 2018.

¹⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf> >. Acesso em: 31 de outubro 2018.

background de um sistema axiológico que tem como fundamento central o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁵⁰

Além desses países supramencionados, a liberdade de expressão é um direito tão fundamental tanto para a existência de um estado democrático de direito quanto para a autorrealização do ser humano, que este direito foi consagrado não apenas nas legislações internas de cada país, mas também em tratados e convenções internacionais.

A restrição à liberdade de expressão e a censura, em seus diferentes aspectos, tanto na forma direta quanto na forma indireta, preexistente ou ulterior, administrativo ou judicial, tem sido digna da apreensão e da rejeição dos povos e desta forma, em 1695, na Inglaterra não foi sancionado o texto “licensing act” que previa a possibilidade da realização da censura prévia. Já em 1776, na Declaração de Direitos de Virgínia, foi consagrado no artigo 12 que consagrou a liberdade de imprensa como um dos sustentáculos da liberdade e proibiu a sua limitação¹⁵¹. Já em 1789, em França, a Declaração dos Direitos do Homem, novamente afirmou, em seu artigo 11º que um dos mais preciosos direitos do homem é a livre comunicação e, por isso, todo cidadão deve ser livre para se expressar, mas poderá responder por eventuais abusos desta liberdade¹⁵². Em 1948, o pós-guerra, gerou a criação da Organização das Nações Unidas e com ela foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que prevê em seu artigo 18º que toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento , religião e consciência, ademais, o artigo 19º também garantiu a todos os indivíduos o

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf> >. Acesso em: 31 de outubro 2018.

¹⁵¹ “XII – Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos.” - Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html> >. Acesso em: 10 de novembro 2018.

¹⁵² “Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.” - Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> >. Acesso em: 10 de novembro 2018.

direito à liberdade de expressão e de opinião, sem ser inquietado pela sua forma de pensar, bem como o direito de informar e ser informado, sem fronteiras e por qualquer meio de manifestação¹⁵³. No ano de 1950, aconteceu em Roma a Convenção Europeia para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, e lá foram salientados os pontos que deveriam ser analisados, tais como a liberdade de expressão, o direito de informar e ser informado, bem como a não intervenção das autoridades públicas nas manifestações do livre pensar, mas permite um regime de autorização prévia para empresas de radiodifusão, televisão e cinematografia, bem como prevê, em seu artigo 10º n.º 2 a possibilidade de restrições e sanções sempre que necessário para manutenção da sociedade democrática, segurança nacional, entre outros¹⁵⁴. E, mais atual, no Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana de Direitos Humanos, consagrou que todos os indivíduos têm o direito à liberdade de pensamento e expressão, bem como o de informar e ser informado, sem fronteiras e da forma que

¹⁵³ “Artigo 18.º - Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

Artigo 19.º - Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão” - Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: < <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> >. Acesso em: 10 de novembro 2018.

¹⁵⁴ “ARTIGO 10º Liberdade de expressão - 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

ARTIGO 11º Liberdade de reunião e de associação - 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses.

2. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.” - Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf >. Acesso em: 10 de novembro 2018.

desejar, não permitindo a censura prévia mas prevendo a possibilidade de responsabilidades posteriores¹⁵⁵.¹⁵⁶

Dessa forma, é possível perceber que as convenções e tratados internacionais resguardam a liberdade de expressão de qualquer censura prévia, bem como dá a este direito um conceito em sentido amplo, abrangendo também o direito de informar e ser informado, sem impedimento de fronteiras e podendo buscar essas informações da forma que desejar. Todavia, é patente que tal direito não é ilimitado, uma vez que os textos internacionais preveem a possibilidade de sanções, conforme previsto em leis, caso haja o abuso deste direito.

2.3 A Intervenção Estatal

A intervenção estatal ocorre no momento e sobre assuntos que o governo deseja defender, ou seja, a liberdade de expressão será tolhida sempre que as manifestações vierem de encontro a bens e valores de principal importância e dos quais o Estado pretende dar uma proteção maior.

¹⁵⁵ “Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão - 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.” - Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em: 10 de novembro 2018.

¹⁵⁶ Em voto do Ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus, HC 82.424/RS, disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs> >. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

Assim, o Estado, através de sua constituição, prevê a salvaguarda da liberdade de expressão, mas tal proteção só ocorre quando os pronunciamentos estão em sintonia ou não afetam os valores maiores que o Estado busca proteger, porém há uma repressão quando as manifestações são contrárias a estes bens.

Ou seja, quando o Estado age desta forma ele não está preocupado com a democracia, com a igualdade ou com a autorrealização dos seus cidadãos, mas sim dar a eles a sensação de que têm o direito a essa liberdade de se expressar, quando na verdade não existe uma real liberdade, e sim um núcleo de assuntos em que o indivíduo pode opinar sobre e tantos outros que o cidadão deverá simplesmente ter uma opinião em conformidade com a que o Estado entende por certo ou meramente se calar sobre tal assunto.

Tal ato ocorre, pois, os governantes também pretendem proteger o próprio governo contra ideias fortes que podem de alguma forma pôr em cheque a sua boa atuação no poder e assim fazer uma manipulação da massa. Desta forma, resta claro que quando o Estado intervém na liberdade de expressão dos cidadãos ele não tem o intuito de dar um tratamento igual entre as majorias e as minorias, mas sim que determinados grupos não se voltem contra o próprio governo e o fazem de forma zelada, dando uma falsa impressão de que existe liberdade de expressão.

É de extrema importância que todos os cidadãos sejam capazes de formar sua própria personalidade, construir as próprias concepções e selecionar quais os projetos pretendem seguir em suas vidas, de forma livre e sem que haja qualquer interferência por parte das autoridades e, para que isso ocorra é mister que se permita a todos o direito ao acesso das mais diversas informações e convicções que possam existir na comunidade em referência a todos os tipos de assunto. O Estado não se pode afastar da noção de que todas as pessoas adultas e que não possuem uma incapacidade civil são possuidoras de um intelecto e de bom senso para conceber suas próprias opiniões. Desta forma, as autoridades não possuem a qualidade de impedir a exposição de certas ideias e informações por entender que estas são danosas ou perigosas. Isto posto, não cabe ao Estado o atributo de paternalista, uma vez que não é razoável que ele se

sobreponha aos cidadãos para tomar a decisão do que convém e do que não convém ser escutado por eles.¹⁵⁷

A liberdade de expressão é um direito tão importante para a democracia e para a fiscalização da população sobre um governo que em países onde se foram adotados um Estado totalitário a liberdade de expressão se tornou um bem verdadeiramente escasso e foi vista como arma na mão, principalmente da imprensa.

Tal afirmativa é de fácil conclusão quando se vê a atitude característica de regimes autoritários, conforme Leon Trotsky¹⁵⁸ quando declarou que “os jornais são armas. Eis porque é necessário proibir a circulação de jornais burgueses. É uma medida de legítima defesa!”. Acompanhando este pensamento, Vladimir Ilitch Lenin¹⁵⁹, assim afirmou, “por que deveríamos aceitar a liberdade de expressão e de imprensa? Por que deveria um governo, que está fazendo o que acredita estar certo, permitir que o critiquem? Ele não aceitaria a oposição de armas letais. Mas ideias são muito mais fatais que armas”. Ou seja, é clara a profunda discrepância que há nestas duas concepções sobre a liberdade de expressão, que conceberam a União Soviética, e o modo de pensar de John Milton, que inspirou a instituir os Estados Unidos da América, conforme se pode ver através da fala de Thomas Jefferson¹⁶⁰: “Uma vez que a base de nosso governo é a opinião do povo, nosso primeiro objetivo deveria ser mantê-la intacta. E, se coubesse a mim decidir se precisamos de um governo sem imprensa ou de uma imprensa sem governo, eu não hesitaria um momento em escolher a segunda situação”.¹⁶¹

Já Ronald Dworkin tem o pensamento de que os governantes decepcionam e rejeitam um importante elemento da personalidade moral sempre que proíbe aos cidadãos o direito de estes exercerem seus próprios interesses e fundamentam tal

¹⁵⁷ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 242.

¹⁵⁸ Leon Trótski foi um intelectual marxista e revolucionário bolchevique, fundador do Exército Vermelho.

¹⁵⁹ Vladimir Ilitch Lenin foi um revolucionário e chefe de Estado russo, responsável em grande parte pela execução da Revolução Russa de 1917, líder do Partido Comunista, e primeiro presidente do Conselho dos Comissários do Povo da União Soviética.

¹⁶⁰ Thomas Jefferson foi o terceiro presidente dos Estados Unidos (1801-1809), e o principal autor da declaração de independência (1776) do país.

¹⁶¹ CONSTANTINO, Rodrigo. **O Legado de Milton**. *Gazeta do Povo*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/rodrigo-constantino/artigos/o-legado-de-milton/>>. Acesso em: 14 de setembro de 2018.

restrição no fato de que certas opiniões possam as diminuir como seres humanos. Da mesma forma que o Estado desempenha sua autoridade política sobre cidadãos e requer dela respeito político, ele não tem o direito de recusar qualquer um desses dois fatores da personalidade moral do ser humano, por mais que as ideias que os indivíduos desejem manifestar sejam consideradas abjetas.¹⁶²

O Estado não pode privar o ser humano deste direito da mesma forma que não é possível que impeça o cidadão de ir exercer o seu direito de voto. Caso o Estado decida por assim fazer estará abandonando um elemento substancial da sua reivindicação de exercer seu poder legítimo. Sempre que as autoridades vierem a censurar a manifestação de determinado interesse ou ato popular, o malefício que estará causando para a sociedade é extenso de tal maneira que pode ser comparado com o ato de restringir uma opinião manifestadamente política, da mesma forma com que as pessoas possuem o direito de se envolver e colaborar com a política, igualmente gozam da prerrogativa de poder colaborar com a criação do clima moral ou estético.

163

Desta forma, o Estado deverá proteger até mesmo a disseminação de ideias racistas mais radicais e hediondas e não as restringir ou penalizar os seus defensores. Isto se deve pelo fato de que o Estado deve exercer uma postura de interferência mínima, agindo de forma plenamente apartidária no que se refere as diversas opiniões existentes na sociedade, mesmo que certas ideias sejam vistas como odiosas, desprezíveis ou perigosas. As convicções que foram sustentadas por Hitler ou pela Ku Klux Klan devem obter idêntica salvaguarda por parte do poder público que a proteção dada as manifestações que são favoráveis aos direitos humanos e da igualdade.¹⁶⁴

Ou seja, pode-se chegar à conclusão de que até mesmo a propagação dos discursos mais odiosos devem ter a proteção estatal e não serem extinguidos da sociedade ou penalizados pelo simples fato de não ser uma opinião que está de acordo

¹⁶² DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 320.

¹⁶³ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 320.

¹⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 214 e 215.

com o que pensa a maioria, logicamente não se pode utilizar do pretexto da liberdade de expressão para incitação de crimes, mas desde que a expressão seja apenas a opinião pessoal de uma pessoa sem o cunho de trazer qualquer tipo de desordem social ou estímulo a reações violentas, essa opinião não deve ser rechaçada nem, muito menos, punida. Ora se uma pessoa não tem o direito de pensar de forma diferente dos demais essa tal liberdade de expressão não passa de um direito utópico que fora normatizado, mas que não existe na vida real.

Ainda neste sentido, conforme Robert Post, o Estado deve agir de forma completamente isenta no que diz respeito a todo e quaisquer pontos de vistas substantivos inerentes ao modo de como se deve desenvolver a vida em sociedade, uma vez que essas noções devem surgir das próprias manifestações públicas, e não se materializar em restrições preexistentes impostas pelo Estado às pessoas que integram este discurso, com fundamento em modelos de civilidade e moralidade que foram empregados pela maioria.¹⁶⁵

Assim, tendo como fundamento estes pensamentos ora expostos, pode-se afirmar que a extinção da livre expressão individual não constitui uma forma paternalista de proteger as pessoas da incursão pelo erro, mas, ademais disso, a restrição à liberdade de expressão é também uma forma de silenciar a verdade, ou pelo menos de partes importantes dela, uma vez que, não esporadicamente um erro pode se parecer com uma verdade e da mesma forma, a verdade pode apresentar-se como erro, ou seja, uma concepção que se assemelha com uma verdade nem sempre o é e, tendo em vista que o ser humano não possui a aptidão de diferenciar, de forma absoluta, a verdade do erro, uma manifestação que foi excluída do espaço público por ter sido considerada um erro, pode se transformar em uma verdade não dita. E, por esse motivo o estabelecimento de restrições à disseminação do erro possa afetar a difusão da verdade.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Robert Post *apud* SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 240.

¹⁶⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão**: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 238.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A palavra “dignidade” possui diversos significados, mesmo quando esta está relacionada aos seres humanos e, com o passar do tempo, ela foi sendo empregada, principalmente, em três sentidos distintos. Um deles utiliza a palavra dignidade para se referir a um status superior em que algumas pessoas se encontram, podendo ser este status tanto pela posição social quanto pela função que essas pessoas exercem; dignidade também pode ser empregada para se aludir as pessoas que se comportam de forma altiva, ou seja, para mencionar uma atitude virtuosa de certos indivíduos; e, por fim, ela é empregada como valor inerente e que é conferido a todos os seres humanos.¹⁶⁷

Segundo Ronald Dworkin, a vida humana é valiosa em três sentidos, sendo eles, instrumental, subjetivo e intrínseco. O valor instrumental da vida de uma pessoa está relacionado ao quanto a vida desta pessoa serve aos interesses das outras pessoas, quando, por exemplo, esta vida em questão cria elementos capazes de transformar a vida das demais pessoas em algo melhor, isto é, esta vida se torna valiosa no sentido instrumental pois é através dela que outras pessoas ganham mais qualidade de vida. A vida de uma pessoa é considerada subjetivamente valiosa ou pessoal, quando esta vida possui valor para ela própria, sendo que o valor se encontra no quanto a pessoa ama sua própria vida e deseja continuar vivendo, do quanto estar vivo é importante para si mesmo. Já o valor intrínseco é quando se entende que a vida de qualquer organismo humano tem um valor inerente, independentemente desta vida possuir ou não um valor instrumental ou subjetivo, assim, tem-se que qualquer vida humana é algo que deve ser respeitado, reverenciado e protegido, pelo simples fato de a vida ser maravilhosa em si mesma.¹⁶⁸

E, no direito moderno, a palavra “dignidade” tem recebido o significado de um valor intrínseco, que normalmente está relacionado aos direitos humanos. A dignidade

¹⁶⁷ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 103.

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão de tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 101 e 102.

tem sido utilizada como uma peculiaridade inerente a toda pessoa humana, sem nenhuma conexão com o status social ou a conduta praticada pela pessoa. A dignidade faz parte do ser de cada pessoa e não é algo ocasional. Ou seja, toda e qualquer pessoa possui dignidade pelo simples fato de fazerem parte da espécie humana, a pessoa já nasce com dignidade não necessitando de nenhuma circunstância para adquiri-la e por isso não se pode haver retenção da dignidade relacionadas a fatores como, idade, nacionalidade, capacidade intelectual, deficiência, cor, gênero, orientação sexual ou qualquer outro critério, sendo certo que ninguém pode, sequer, perder a dignidade humana, independentemente de ter praticado crimes gravíssimos ou até mesmo que tenha executado os mais hediondos dos atos.¹⁶⁹

Em se tratando do valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, o homicida e o torturador possui idêntico valor ao do herói e do santo. E, uma vez que a dignidade da pessoa humana não é um bem que pode ser oferecido por ninguém, ela também não pode ser retirada por ninguém, nem mesmo pelo Estado ou pela sociedade, independentemente das circunstâncias. Ela é um bem essencial ao ser humano que não pode ser separado e, por mais que a dignidade seja capaz de sofrer lesões por práticas exercidas pelo Estado ou por particulares, ela nunca irá se ausentar do seu detentor.

170

E é essa dignidade que impede que haja a instrumentalização do ser humano, ela exige que o Estado trate cada um dos seus cidadãos como um sujeito e jamais como um objeto. Esse princípio se materializa no conceito elaborado por Immanuel Kant de que todos os indivíduos têm de ser reconhecidos como um fim em si mesmo¹⁷¹ e de

¹⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 104.

¹⁷⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 104.

¹⁷¹ A teoria de que o homem é um fim em si mesmo e que possui um valor intrínseco foi formulada por Immanuel Kant, que defendia que, "O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. Todos os objetos das inclinações têm somente um valor condicional, pois, se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se baseiam, o seu objeto seria sem valor. As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, estão tão longe de ter um valor absoluto que as torne desejáveis em si mesmas, que, muito pelo contrário, o desejo universal de todos os seres racionais deve ser o de se libertar totalmente delas. Portanto o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são

seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto do respeito). Estes não são portanto meros fins subjetivos cuja existência tenha para nós um valor como efeito da nossa ação, mas sim fins objetivos, quer dizer coisas cuja existência é em si mesma um fim, e um fim tal que se não pode pôr nenhum outro no seu lugar em relação ao qual essas coisas servissem apenas como meios; porque de outro modo nada em parte alguma se encontraria que tivesse valor absoluto; mas se todo // o valor fosse condicional, e por conseguinte contingente, em parte alguma se poderia encontrar um princípio prático supremo para a razão.

Se, pois, deve haver um princípio prático supremo e um imperativo categórico no que respeita à vontade humana, então tem de ser tal que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para toda a gente, porque é fim em si mesmo, faça um princípio objetivo da vontade, que possa por conseguinte servir de lei prática universal. O fundamento deste princípio é: A natureza racional existe como fim em si. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e, neste sentido, este princípio é um princípio subjetivo das ações humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em virtude exatamente do mesmo princípio racional que é válido também para mim; é portanto simultaneamente um princípio objetivo, do qual como princípio prático supremo se têm de poder derivar todas as leis da vontade. O imperativo prático será pois o seguinte: Age 'de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca // simplesmente como meio. Atendo-nos aos exemplos dados atrás, veremos: Primeiro: Segundo o conceito do dever necessário para consigo mesmo, o homem que anda pensando em suicidar-se perguntará a si mesmo se a sua ação pode estar de acordo com a ideia da humanidade como fim em si mesma. Se, para escapar a uma situação penosa, se destrói a si mesmo, serve-se ele de uma pessoa como. de um simples meio para conservar até ao fim da vida uma situação suportável. Mas o homem não é uma coisa; não é portanto um objeto que possa ser utilizado simplesmente como um meio, mas pelo contrário deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo. Portanto não posso dispor do homem na minha pessoa para o mutilar, o degradar ou o matar. (Tenho de deixar agora de parte a determinação mais exata deste princípio para evitar todo o mal-entendido, por exemplo no caso de amputação de membros para me salvar, ou no de pôr a vida em perigo para a conservar, etc.; essa determinação pertence à moral propriamente dita.) Segundo: Pelo que diz respeito ao dever necessário ou estrito para com os outros, aquele que tem a intenção de fazer a outrem uma promessa mentirosa reconhecerá imediatamente que quer servir-se de outro homem // simplesmente como meio, sem que este último contenha ao mesmo tempo o fim em si. Pois aquele que eu quero utilizar para os meus intuitos por meio de uma tal promessa não pode de modo algum concordar com a minha maneira de, proceder a seu respeito, não pode portanto conter em si mesmo o fim desta ação. Mais claramente ainda dá na vista esta colisão com o princípio de humanidade em outros homens quando tomamos para exemplos ataques à liberdade ou à propriedade alheias. Porque então é evidente que o violador dos direitos dos homens tenciona servir-se das pessoas dos outros simplesmente como meios, sem considerar que eles, como seres racionais, devem ser sempre tratados ao mesmo tempo como fins, isto é unicamente como seres que devem poder conter também em si o fim desta mesma ação.

Terceiro: Pelo que respeita ao dever contingente (meritório) para consigo mesmo, não basta que a // ação não esteja em contradição com a humanidade na nossa pessoa como fim em si, é preciso que concorde com ela. Ora, há na humanidade disposições para maior perfeição que pertencem ao fim da natureza a respeito da humanidade na nossa pessoa; descurar essas disposições poderia em verdade subsistir com a conservação da humanidade como fim em si, mas não com a promoção deste fim.

Quarto: No que concerne o dever meritório para com outrem, o fim natural que todos os homens têm é a sua própria felicidade. Ora, é verdade que a humanidade poderia subsistir se ninguém contribuísse para a felicidade dos outros, contanto que também lhes não subtraísse nada intencionalmente; mas se cada qual se não esforçasse por contribuir na medida das suas forças para os fins dos seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a humanidade como fim em si mesma. Pois que se um sujeito é um fim em si mesmo, os seus fins têm de ser quanto possível os meus, para aquela ideia poder exercer em mim toda a sua eficácia." - KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: 70, 2007, p. 68 - 71.

modo algum como uma mera via para a promoção dos propósitos do Estado ou objetivos da sociedade. Qualquer ser humano, em suma, é detentor de um valor intrínseco.¹⁷²

Assim sendo, por ser a pessoa um fim em si mesmo e por não se sujeitar aos desejos de terceiros, esta teoria de Immanuel Kant pode ser considerada, por alguns, como uma condição suprema que limita a liberdade das ações de cada homem.¹⁷³

Hoje em dia, a dignidade da pessoa humana, no sentido intrínseco, faz parte da essência de todo Estado de Direito, sendo que até os países que não a positivaram na sua constituição são regidos por ela¹⁷⁴. Todavia, mesmo possuindo tal dimensão, ainda não existe nenhum consenso sobre o que venha a ser a dignidade da pessoa humana, ou seja, não há nenhum conceito definido, o que há são apenas convicções pessoais relativas ao que venha a violar ou não a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana se transformou, nos últimos tempos, uma das mais notáveis consonância ética do mundo ocidental. Esta dignidade possui lugar de destaque em inúmeros tratados e convenções internacionais, bem como em Constituições, leis e decisões judiciais. No âmbito de pensamento filosófico, raros são os conceitos com tamanha capacidade de fascinar e conquistar aceitação uníssona. Todavia, esta realidade não diminui, mas sim intensifica a complexidade do seu emprego como um recurso essencial na análise jurídica.¹⁷⁵

Com regularidade ela tem atuado como um simples reflexo do que cada pessoa entende como dignidade e não é ocasionalmente que esta dignidade é posta em causa por ambos os lados de uma controvérsia em temas como, aborto, suicídio assistido, eutanásia, pena de morte, prisão perpétua, união homoafetiva, negação do holocausto,

¹⁷² SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 105.

¹⁷³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 105.

¹⁷⁴ A Constituição Americana não positivou a Dignidade da Pessoa Humana, contudo, a Suprema Corte Americana, no ano de 2015, decidiu de forma favorável ao casamento de pessoas do mesmo sexo com base na Dignidade da Pessoa Humana. – Caso Obergefell v. Hodges 567 U.S. ____ (2015). Disponível em: < https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf >. Acesso em 10 de novembro de 2018.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Disponível em: < https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf >. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

hate speech, prostituição, cirurgias de mudança de sexo, clonagem, inseminação artificial post mortem, engenharia genética, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. Enfim, uma longa lista de assuntos polêmicos.¹⁷⁶

Desta forma, ante a não conceituação deste princípio, existem correntes diversas sobre o tema, uns defendem que a dignidade da pessoa humana constitui o conteúdo normativo dos direitos fundamentais, outros sustentam que este princípio é um direito fundamental e ainda tem os que entendem que a dignidade da pessoa humana pode ser usada contra os direitos fundamentais.¹⁷⁷

Ou seja, a dignidade da pessoa humana pode ser utilizada tanto como parâmetro ou critério orientador quanto em um sentido contrário ao dos direitos fundamentais. Assim sendo, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana pode ser neutra, que é quando é aplicada para a solidificação cotidiana na ordem jurídica, também pode desempenhar um papel de natureza empenhada, pois é teoricamente distinto dos direitos fundamentais mas contribuindo com estes direitos para que, por exemplo, não se permita que o Estado restrinja um direito fundamental uma vez que tal ato estaria indo de encontro com a dignidade da pessoa que está tendo o seu direito restringido e, por fim, sendo passível de se encarregar de um papel contrário aos direitos fundamentais, que é quando a dignidade da pessoa humana vai assumir uma posição oposta ao direito fundamental suscitado em causa, mas favorável a outros bens que também são relacionados a dignidade da pessoa humana.¹⁷⁸

Segundo Christopher McCrudden, a dignidade realizou um importante papel político, possibilitando que culturas distintas, com opiniões diferentes sobre Estado e diferentes pontos de vista no que se refere aos direitos humanos, bem como concepções morais e éticas distintas, colocassem de lado essas extensas diferenças para se juntarem

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Disponível em: < https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf >. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

¹⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: V. 1 - Dignidade e Direitos Fundamentais**, Coimbra, Almedina, 2015, p. 97 e 100.

¹⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: V. 1 - Dignidade e Direitos Fundamentais**, Coimbra, Almedina, 2015, p. 99 e 100.

e trabalharem juntas na criação de proibição de certas práticas que afrontam os direitos humanos. A dignidade auxiliou nesta obtenção, uma vez que possibilitou que todos os povos anuíssem que a essência dos direitos humanos é a dignidade da pessoa humana.¹⁷⁹

E é possível identificar um mínimo básico que dá significado a dignidade humana, esse mínimo é que cada ser humano tem um valor intrínseco que merece ser considerado e que certas ações não condizem com o respeito a este valor intrínseco, ademais o indivíduo não existe para o Estado e sim o Estado que existe para o ser humano. Todavia ainda existe um desacordo no sentido de saber em que consiste esse valor intrínseco, quais as ações podem atingir de forma negativa esse valor e quais são as interferências que cabem ao Estado.¹⁸⁰

John Rawls defende que os seres humanos, não importa quais sejam os seus maiores desejos de realização na vida, sentem uma necessidade de possuírem certos bens para que seja possível a concretização dos seus objetivos e que quando as pessoas possuem uma condição igual, elas optam pela obtenção de maiores oportunidades e mais extensa liberdade, bem como uma maior parte da riqueza, pois julgam que estes item constituem um bem e através deles será mais fácil tornar real os seus planos de vida.¹⁸¹

Todavia, segundo Rawls, o mais significativo dos bens primários é uma boa autoestima e uma autoconfiança consistente no reconhecimento do nosso próprio valor. Desta forma, defende que deve haver a inclusão de bens primários como a autoestima e que cuidam de questões mais profundas do que bens que tem apenas um valor provisório, como é o caso da liberdade e da riqueza.¹⁸²

Desta forma, há quem defenda que, por mais que o ser humano veja na liberdade um bem primordial existem outros aspectos da vida, que talvez não sejam levados em consideração pela pessoa, como é o caso da autoestima, que são mais

¹⁷⁹ MCCRUDDEN, Christopher. **Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights**. Disponível em: < <http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf> >. Acesso em: 12 de novembro 2018.

¹⁸⁰ MCCRUDDEN, Christopher. **Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights**. Disponível em: < <http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf> >. Acesso em: 12 de novembro 2018.

¹⁸¹ RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2^a edição, São Paulo: Ática, 2000, p. 438 e 439.

¹⁸² RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2^a edição, São Paulo: Ática, 2000, p. 438 e 439.

importantes para a realização do indivíduo do que a liberdade e assim sendo, este bem deveria ter uma maior proteção.

Entretanto, de outro lado, tem os defensores da concepção de que o fundamento da dignidade da pessoa humana é a sua autodeterminação e desta forma não cabe ao Estado infantilizar os cidadãos e decidir por eles o que trará mais felicidade, se a liberdade, se a autoestima, não devendo o Estado ser paternalista, mas sim permanecer de forma neutra para que os cidadãos possam, como seres morais, fazer suas escolhas sem interferências.

Desta forma, o paternalismo está sempre em iminente tensão com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o paternalismo jurídico tem como um dos seus fundamentos o fato de que, pelo menos em certas ocasiões, o Estado tem um melhor conhecimento sobre o que é mais vantajoso para o cidadão do que ele mesmo e é aqui que o paternalismo recebe o maior número de críticos, uma vez que ele infantiliza os seus cidadãos, agindo como se eles não fossem seres morais aptos de fazer suas próprias escolhas e gerir suas próprias vidas sem a ajuda de um “pai cauteloso”, fundamento este que vai completamente de encontro com a dignidade da pessoa humana que exige o tratamento das pessoas como sujeitos e não como objetos da ação de terceiros, por mais que estas ações sejam de cunho benevolente.¹⁸³

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana não condiz com o paternalismo pois este implica em restrições feitas à liberdade e que tem por objetivo os interesses do próprio autor, isto é, o paternalismo tente a proteger o agente dos seus próprios atos. Além do mais ele pode tanto fazer restrições no tocante a conduta das pessoas, bem como, agir de forma a limitar o acesso a informações ou opiniões que o Estado julgar não serem informações “boas” e que tem o poder de fazer com que o indivíduo passe a agir de forma equivocada.¹⁸⁴

Ou seja, o Estado paternalista pode agir de forma a limitar a liberdade de expressão por achar que as pessoas não são capazes de ouvir certas ideias e fazer o seu

¹⁸³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 169 e 170.

¹⁸⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 167.

próprio julgamento em relação ao conteúdo, eliminando assim, completamente, a autodeterminação dos indivíduos.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana tem em sua essência a autonomia, como poder individual (empowerment), é a concepção subjacente que possui todos os mais importantes textos de Direitos Humanos do século XX, assim como várias constituições que foram elaboradas no segundo pós-guerra.¹⁸⁵

E é este conceito que é utilizado para a fundamentação e justificação dos direitos humanos e fundamentais, sendo que desta visão se pode observar quatros elementos primordiais, sendo eles, a capacidade do ser humano de se autodeterminar; ter a possibilidade para desempenho da sua autodeterminação; a universalidade; e o fato de que todo ser humano possui a sua dignidade que é indissociável.¹⁸⁶

Assim sendo, tem-se que, o princípio da dignidade da pessoa humana no sentido da autonomia individual compreende, em primeiro lugar, a capacidade que cada ser humano tem de se autodeterminar, o direito que lhe é inerente de ser autor da própria vida e de poder tomar as suas próprias decisões e rumos na vida sem qualquer interferência de terceiros, bem como ter a possibilidade de desenvolver de forma livre e independente a sua própria personalidade. Quer dizer que todas as pessoas maiores e civilmente capazes têm a liberdade para fazer as suas próprias escolhas, principalmente se essas escolhas forem moralmente relevantes, bem como ser responsável por cada decisão realizada. A essência do conceito de autonomia é composta por um sujeito moral apto para fazer sua autodeterminação, elaborar seus planos de vida e torná-los reais.¹⁸⁷

Já o segundo elemento do princípio da dignidade prevê a existência de condições para que seja possível o desempenho da autodeterminação. É que, não é

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 252.

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 252.

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 252.

suficiente apenas assegurar a viabilidade de se fazer escolhas sem interferências, é necessário conceder formas propícias para que a liberdade nas escolhas seja real e não meramente retórica. Assim, faz parte da concepção de dignidade da pessoa o que é conhecido por mínimo existencial¹⁸⁸, a dimensão material da dignidade, instrumental ao desempenho da autonomia. Ou seja, é preciso que sejam garantidas condições mínimas econômicas, educacionais e psicofísicas para que o ser humano seja capaz de planejar e realizar seus projetos de vida e por eles assumir responsabilidades.¹⁸⁹

Por fim, o terceiro e quarto elementos do princípio como autonomia, que é a universalidade e a inerência, tentem a trabalhar em conjunto. O cunho ontológico da dignidade da pessoa humana, ou seja, sua qualidade de ser inerente e intrínseco a todas as pessoas, determina que esta dignidade seja promovida e respeitada de forma universal. Assim sendo, ela deverá ser dada a todas as pessoas, sem qualquer distinção e independentemente de sua situação econômica, social, cultural, religiosa, étnica ou da sua nacionalidade. A contingência espaço-temporal e a contingência entre pessoas (com mais ou menos dignas) são um desrespeito com a dignidade humana, todavia aceita-se determinados temperamentos por motivo do multiculturalismo.¹⁹⁰

¹⁸⁸ “O princípio da dignidade da pessoa humana compreende o direito de acesso às necessidades materiais básicas de vida – o direito ao mínimo existencial –, que, na nossa ordem constitucional, constitui um piso para a justiça social, mas não um teto para a atuação estatal voltada à promoção da igualdade material e dos direitos sociais. A garantia do mínimo existencial é pressuposto para o pleno exercício das liberdades civis e da democracia, mas se justifica por razões autônomas, que independem desses objetivos.

O Poder Judiciário tem plena legitimidade para atuar nessa seara, garantindo o mínimo existencial mesmo quando isso envolva eventual interferência nas escolhas alocativas e desalocativas adotadas pelo Estado, que não se coadunem com a prioridade constitucional de atendimento às necessidades básicas das pessoas. Mas os déficits de capacidade institucional do Judiciário não permitem que ele assuma qualquer tipo de protagonismo na matéria. Esse déficit, aliado ao princípio democrático, recomenda que, quando for necessário criar ou alterar políticas públicas para garantir o mínimo existencial, a atuação jurisdicional se dê preferencialmente por meio de técnicas flexíveis, baseadas no diálogo interinstitucional.

O mínimo existencial deve ser garantido pelo Estado e pela sociedade para todos, mas o foco prioritário tem de recair sobre os segmentos mais vulneráveis da população. A categoria, erigida para proteção de grupos subalternos, não pode se converter em mais um belo rótulo para a proteção dos interesses da classe média e da elite.” - SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 239.

¹⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 253.

¹⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274,

E, um dos assuntos mais polêmicos e complicados no que diz respeito a dignidade da pessoa humana é, exatamente, a relação entre este princípio e a autonomia. Por um lado, existe um forte entendimento que defende que a dignidade da pessoa está intimamente ligada ao reconhecimento do direito de que cada indivíduo civilmente capaz tem de fazer suas próprias decisões na vida e segui-las, uma vez que tais escolhas não lesione os direitos dos demais.¹⁹¹

Entretanto, do outro lado, há os que sustentam que a dignidade da pessoa humana também serve e deve ser utilizada para a restrição da autonomia individual, desde que esta limitação seja para coibir que os indivíduos se sujeitem a situações classificadas como indignas, independentemente se tal acontecimento ocorre com ou sem a anuência da pessoa.¹⁹²

E da mesma forma, a jurisprudência internacional tem utilizado a dignidade nos dois sentidos para fundamentar suas decisões. A dignidade da pessoa humana já foi utilizada como sendo o motivo para a proteção de liberdades individuais para que os cidadãos pudessem tomar decisões fundamentais em suas vidas, como por exemplo união estável e casamento homossexual, aborto e eutanásia. Mas, de outra forma, tal princípio também já foi utilizado para restringir a autonomia das pessoas, como é o caso, por exemplo, da emblemática decisão judicial que impediu que pessoas que possuem nanismo participassem de atividade laborais, que foram consideradas degradantes, como é o caso do “lançamento de anão”, bem como a proibição de espetáculos eróticos e batalhas recreativas com armas de brinquedo. E neste ponto, o princípio da dignidade encontra um significado ligado a autonomia, bem como na heteronomia.¹⁹³

E aqui, abre-se um parêntese para explicar um pouco o que é a dignidade como heteronomia¹⁹⁴. Resumidamente, a dignidade como heteronomia significa que certas

2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 253.

¹⁹¹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 135 e 136.

¹⁹² SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 135 e 136.

¹⁹³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 136.

¹⁹⁴ “A ‘dignidade como heteronomia’ traduz uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes das escolhas individuais. Nela se abrigam conceitos jurídicos indeterminados

visões de mundo e do ser humano não necessitam, obrigatoriamente, da liberdade individual. Na maioria das vezes, pelo contrário, a dignidade como heteronomia age de forma a conter as liberdades individuais em prol de valores e perspectivas de vida compartilhados. Desta forma, a dignidade como heteronomia é fundamentada na procura do bem para o indivíduo, para a proteção da sociedade ou comunidade, para o aperfeiçoamento ético dos cidadãos, sendo estes alguns dos seus propósitos.¹⁹⁵

Todavia, da mesma forma que ocorre com a dignidade como autonomia, a dignidade como heteronomia também apresenta algumas contradições na teoria e na prática, tendo como principais críticas : “a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas, jurídico-moralistas e perfeccionistas; b) o enfraquecimento dos direitos fundamentais mediante o discurso da dignidade, especialmente em sociedades democrático-pluralistas; c) perda da força jurídico-política da locução ‘dignidade humana’; d) problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados por uma comunidade ou sociedade política.”.¹⁹⁶

como bem comum, interesse público, moralidade ou a busca do bem do próprio indivíduo. Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma vida boa. Como intuitivo, o conceito de ‘dignidade como heteronomia’ funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Inúmeros autores chancelam a noção de dignidade como freio à liberdade, no sentido de obstar escolhas que possam comprometer valores sociais ou a dignidade do próprio indivíduo cuja conduta se cerceia.

Do parágrafo anterior se extrai como consequência que, na concepção heterônoma, a dignidade não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e dá limite à liberdade. Existem algumas decisões que são consideradas emblemáticas para a visão da ‘dignidade como heteronomia’. Uma delas, por variados fatores, tornou-se muito conhecida no Brasil: o caso do arremesso de anões. O prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interditou a atividade conhecida como *lancer de nain*, atração existente em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris. Consistia em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para o outro de uma discoteca. A casa noturna, tendo como litisconsorte o próprio deficiente físico (Sr. Wackenheim), recorreu da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato do prefeito, por *excès de pouvoir*. O Conselho de Estado, todavia, na qualidade de mais alta instância administrativa francesa, reformou a decisão e restabeleceu a proibição. A liberdade de trabalho e a liberdade empresarial não foram consideradas obstáculos ao entendimento que prevaleceu, justamente por haver ele se fundado na defesa da dignidade da pessoa humana”. - BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 256 e 257.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 260 e 261.

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274,

Dessa forma, pode perceber que a dignidade como heteronomia está ligada a noção de bem que defende que certos valores são mais importantes do que a liberdade, sendo um deles a autoestima do cidadão e sua autoconfiança e, assim sendo, o princípio da dignidade humana deveria se curvar ante a tal bem para uma melhor vida em sociedade e não à liberdade, por mais que a princípio e em condições de igualdade, este bem possa ser mais desejável ao ser humano.

Tem-se por certo, de todo modo, que uma das maiores preocupações da modernidade consiste na autonomia dos indivíduos, tanto é que, as revoluções francesa, americana e inglesa, que foram as três revoluções que marcaram a origem do constitucionalismo, entoaram o mantra da liberdade. Ademais, a maioria dos movimentos sociais contemporâneos elaborou teve como base de seus protestos a luta pela liberdade, dos que eram contrários as ditaduras militares aos hippies, bem como das feministas aos que combateram pela descolonização. Ou seja, a autonomia da pessoa é uma das bases principais sobre as quais estão edificados os ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos de direito, assim como é um dos preceitos mais valorizados pela cultura atual.¹⁹⁷

Além disso, a dignidade da pessoa humana também possui expressão no dever que cada pessoa tem de se responsabilizar por suas próprias escolhas, assim como definir seus valores e objetivos de vida. Por via de regra, as decisões mais fundamentais na vida de um ser humano devem ser tomadas por ele mesmo e não serem determinadas por um terceiro e com interesses estranhos ao sujeito. A dignidade da pessoa humana, tem sido o centro axiológico dos sistemas jurídicos no mundo contemporâneo, a fonte dos direitos materialmente fundamentais e o núcleo essencial de cada um deles.¹⁹⁸

Com efeito, a dignidade humana se manifesta, no âmbito dos direitos individuais, na autonomia privada, que advém da liberdade e da igualdade das

2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 260 e 261.

¹⁹⁷ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 137.

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Leticia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 250.

pessoas. Desta forma, está compreendido na acepção da dignidade humana a autodeterminação individual, bem como o direito ao igual respeito e consideração. Ou seja, todo ser humano tem o direito de escolher os seus planos de vida sem sofrer qualquer tipo de discriminação por motivo da sua identidade e de suas escolhas.¹⁹⁹

Assim sendo, tem-se que, por mais que a dignidade da pessoa humana não possua um conceito jurídico formulado, ele possui como um dos elementos primordiais a autonomia do indivíduo e, por isso, o Estado que pretende garantir a dignidade humana aos seus cidadãos deverá permanecer neutro no que se refere às decisões e escolhas que cada pessoa pretende tomar em sua vida.

O Estado age contra o princípio da dignidade da pessoa humana quando atua de forma paternalista e passa a interferir nas escolhas privadas que cabem apenas aos próprios sujeitos tomarem. O Estado ao negar a autonomia individual nega também a dignidade da pessoa humana.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Leticia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 251.

4 CONFLITO DE DIREITOS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS DISCURSOS DO ÓDIO X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em determinadas situações, poderá ocorrer o conflito entre dois direitos constitucionalmente protegidos. Diante deste conflito, mister encontrar a melhor solução para tal problemática. E é exatamente isso que se tentará solucionar nos tópicos seguintes.

Quando há um conflito normativo, os parâmetros tradicionais para a resolução deste empasse são o hierárquico, temporal e a especialização. Todavia, tais parâmetros não são capazes, como regra geral, de resolver colisões que venham a existir entre normas constitucionais, em especial quando esta colisão acontece entre direitos fundamentais. Entretanto, no direito constitucional contemporâneo, essas colisões acontecem de forma inevitável e por diversos motivos.²⁰⁰

As principais causas para esta colisão são duas, a primeira é que, com a diversidade e o pluralismo das sociedades atuais, as Constituições têm que normatizar vários valores e interesses distintos e, ocasionalmente essas normas entram em choque, já a segunda é que, uma vez que os direitos fundamentais são enunciados, frequentemente, ao abrigo de princípios, eles são suscetíveis à concorrência contra os demais princípios e à aplicabilidade no limite do possível, perante as condições de fato e de direito.²⁰¹

Dessa forma, o conflito não pode ser resolvido através de uma hierarquização dos direitos e valores constitucionais, não devendo sacrificar o conteúdo essencial de nenhum dos direitos em confronto, nem mesmo dos menos importantes em benefício

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em: 30 de agosto de 2018, p. 5.

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em: 30 de agosto de 2018, p. 5.

dos mais importantes, e de modo a não ignorar nenhum deles preservando assim, a Constituição da melhor forma possível.²⁰²

Essa ponderação deverá ser feita dentro de um critério de proporcionalidade, procurando limitar-se o sacrifício de cada um dos valores constitucionais em confronto ao necessário e adequado para a salvaguarda do outro, devendo escolher-se aquela maneira de resolver o conflito que restrinja da menor forma o valor em causa. Trata-se, também aqui, de uma tarefa a executar caso a caso, perante cada situação concreta.²⁰³

4.1 A Dignidade da Pessoa Humana Contra os Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, apesar de sua importância, não são direitos absolutos, eles podem ser limitados e, uma vez que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional com significado normativo independente do concedido aos direitos fundamentais, não existe a possibilidade de impedir que a dignidade seja para limitar os direitos fundamentais.²⁰⁴

Todavia, conforme mencionado alhures, não existe um conceito elaborado para a dignidade da pessoa humana, o que há são apenas conceitos individuais sobre o assunto, o que, como se pode imaginar, é um grave problema. Ora, se a dignidade da pessoa humana não dispõe de uma definição jurídica, caso esse princípio esteja perante um conflito entre direitos fundamentais, uma grande insegurança jurídica irá surgir, visto que o julgador terá a possibilidade de julgar de forma pessoal, procedendo com a ponderação de direitos de acordo com suas próprias convicções e não com base em

²⁰² MEIRA, Miguel Salgueiro. **Limites à Liberdade de Expressão nos Discussos de Incitamento ao Ódio.** Verbojuridico. Disponível em: <
http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf>. Acesso em: 06 de julho 2018, p. 7.

²⁰³ MEIRA, Miguel Salgueiro. **Limites à Liberdade de Expressão nos Discussos de Incitamento ao Ódio.** Verbojuridico. Disponível em: <
http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf>. Acesso em: 06 de julho 2018, p. 7.

²⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: V. 1 - Dignidade e Direitos Fundamentais**, Coimbra, Almedina, 2015, p. 98.

um conceito já existente sobre o que é e sobre o que viola ou não a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, o problema da dignidade da pessoa humana não ter um conceito definido não se limita apenas a insegurança jurídica, vai muito além, por exemplo, se as autoridades chegarem ao entendimento de que certa manifestação não condiz com os discursos que são aceitáveis pela maioria ou até mesmo pelo governo, este discurso corre o risco de ser censurado, visto que o Estado, utilizando o fundamento de que tal manifestação vai de encontro com a dignidade da pessoa humana de determinadas pessoas pertencentes a um grupo, e ao se censurar determinados discurso, bem como retirar do espaço público os defensores desta ideia, o Estado estará manipulando a sociedade para que todos pensem da mesma forma e obrigando, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, todos os cidadãos a pensarem e se manifestarem de acordo com a opinião imposta pelos grupos majoritários, bem como, pelos governantes.²⁰⁵

E neste sentido, muitos defendem que a autonomia da pessoa não pode ser um bem ilimitado devendo se dobrar a bens sociais maiores, ou seja, defendem que o Estado deve limitar a autonomia individual das pessoas que prolatam discursos racistas, por exemplo, em detrimento da dignidade da pessoa humana dos ofendidos por aquele discurso.

Para essas pessoas, a concepção de dignidade como autonomia preza pelo individual, ou seja, a pessoa com suas liberdade e direitos fundamentais e, com ela são estimulados o pluralismo, a diversidade e a democracia de uma forma generalizada. Entretanto, acreditam que o predomínio da dignidade humana como autonomia não deve ser ilimitada nem incondicional. Assim o defendem, primeiramente, que o próprio pluralismo conjectura, naturalmente, a coexistência, sem conflitos, de desígnios de vida diversos, de direitos fundamentais que podem entrar em rota de colisão. Ademais, as decisões, mesmo que particulares, são capazes de originar consequências não somente nas relações intersubjetivas, como também em todo o corpo social e em determinadas ocasiões, sobre toda a humanidade. E, por isso há a

²⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: V. 1 - Dignidade e Direitos Fundamentais**, Coimbra, Almedina, 2015, p. 107.

necessidade de determinar certos valores externos aos sujeitos da dignidade como heteronomia.²⁰⁶

Certamente, não são todas as questões nas nossas vidas que necessitam de decisões individuais. Dessa forma, existem deliberações em que o Estado pode, de forma legítima, decidir em defesa dos interesses e de direitos diversos. Contudo, as escolhas que dizem respeito apenas a uma determinada pessoa e a sua própria vida, como por exemplo as decisões existenciais referente a qual religião seguir, casamento, ocupações e outras questões personalíssimas que não são capazes de infringir o direito alheio, não devem ser retirado do cidadão, sob pena de se violar sua dignidade.²⁰⁷

E, o que se pode observar da análise das decisões judiciais em diversas partes do mundo e que se embasaram na dignidade da pessoa humana, demonstra que existe uma concepção comunitária e limitante aos direitos (rights-constraining), em desacordo com os que possuem um ponto de vista mais individualista e de salvaguarda dos direitos (right-supporting).²⁰⁸

E foi com base neste ponto de vista que se justapões à concepção de dignidade como heteronomia, que as Cortes consentiram ou decretaram restrições à liberdade de expressão, por exemplo, com o intuito de impedir a propagação da pornografia e da indecência, bem como dos discursos do ódio. Da mesma forma, existem, também, várias decisões nas quais se conjectura a existência de limites para que o ser humano seja capaz de abrir mão da sua própria dignidade, o que daria a ela uma dimensão heterônoma.²⁰⁹

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 255.

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 252 e 253.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 258 e 259.

²⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 258 e 259.

Muitas das vezes, a definição é usada de maneira a instituir uma concepção moral extensiva e que irá variar de lugar para lugar. Além do mais, existe alguns textos mais atuais que versam sobre a bioética, tais como, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Biomedicina e a Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, da UNESCO, que trazem a dignidade da pessoa humana mais como um princípio limitador da liberdade individual em prol de valores compartilhados, do que um princípio que visa a autonomia individual, desta forma, estes documentos defendem uma dignidade como heteronomia e não como autonomia.²¹⁰

Entretanto não se pode admitir que o Estado formule o conceito de tão importante princípio tendo como pilar apenas um grupo determinado ou com base no que é majoritariamente aceitável pela sociedade e, sequer, de modo partidarizado, imposto através de coerção opiniões particulares a quem tem pensamentos contrários.

211

Nestes casos, se, eventualmente, a dignidade da pessoa humana for invocada na resolução de um questão envolvendo direitos fundamentais esta invocação não será legítima, mas sim, se traduzirá como conflitual, abusiva²¹² e ilegítima²¹³, uma vez que é aplicada contrariamente a direitos como a liberdade e a autonomia individual, bem como, tendo a sobreposição de ideias e concepções ideológicas de um grupo, de uma confissão religiosa ou de uma moral particular a sua principal motivação.²¹⁴

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018, p. 258 e 259.

²¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: V. 1 - Dignidade e Direitos Fundamentais**, Coimbra, Almedina, 2015, p. 113 e 126.

²¹² “Abusiva, não porque cada pessoa, cada grupo, cada confissão não possa perfilar a concepção de dignidade que considerem mais adequada e não possam pugnar pela sua difusão e adoção, mas porque, frequentemente, se aproveita a indeterminabilidade congénita do conteúdo normativo do princípio para o instrumentalizar em favor de concepções particulares não consensualmente partilhadas que se procuram impor coercitivamente.” - NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: V. 1 - Dignidade e Direitos Fundamentais**, Coimbra, Almedina, 2015, p. 121 e 122.

²¹³ “Ilegítima, não porque a dignidade não possa constituir, em abstracto e em situações pontuais, fundamento de limitação da liberdade e da autonomia individuais, mas porque, muitas vezes, se pretende condicionar materialmente a margem de livre decisão do legislador democrático conferindo ao princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana um conteúdo normativo que, em última análise, é incompatível com a ordem constitucional de um Estado de Direito democrático.” - NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: V. 1 - Dignidade e Direitos Fundamentais**, Coimbra, Almedina, 2015, p. 122.

²¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: V. 1 - Dignidade e Direitos Fundamentais**, Coimbra, Almedina, 2015, p. 121.

Assim sendo, tem-se que, se um Estado pretende manipular a forma de pensar dos seus cidadãos com base no princípio da dignidade da pessoa humana este ato deverá ser considerado abusivo e este é o maior problema ao se aplicar a dignidade da pessoa humana contra os direitos fundamentais, principalmente por não existir um conceito jurídico para definir tal princípio, pois desta forma, os indivíduos ficarão à mercê do entendimento pessoal dos legisladores para dizer o que condiz e o que não condiz com a dignidade da pessoa humana.²¹⁵

4.2 Onde a Liberdade de Expressão Encontra seu Limite

Conforme se foi visto até aqui, a Liberdade de Expressão é um Direito Fundamental, porém esse Direito não é ilimitado, pelo contrário, ele encontra limites na própria Constituição, no conflito entre Direitos e nas leis restritivas de Direitos Fundamentais.

Em países onde há democracia, a constituição protege a livre manifestação do pensamento e não menciona a possibilidade de censura prévia em espetáculos públicos e diversões e, caso haja algum tipo de excesso no exercício do direito de se expressar livremente, esta atitude abusiva poderá ser suscetível a averiguação e julgamento por parte do Poder Judiciário e, conseqüentemente, poderá, o agente deste ato ser responsabilizado civil e penalmente, inclusive as manifestações resultantes de publicação injuriosas pela imprensa, tendo em vista que esta deve agir com cautela e fazendo controles das matérias que irá divulgar.²¹⁶

Já a Constituição Federal do Brasil traz em seu art. 220 a garantia de que não haverá restrição ao direito de manifestação do pensamento, criação, expressão e informação e ainda, em seu § 1º, diz que, “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo

²¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: V. 1 – Dignidade e Direitos Fundamentais**, Coimbra, Almedina, 2015, p. 122.

²¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 40.

de comunicação social”, contudo, “observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”

217, 218

Ou seja, no Brasil é admissível que haja uma interferência por parte do legislador para que seja proibido o “anonimato (IV), para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem (V), para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (X), para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação (XIII) e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação (XIV). Prevê, também, a restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º)”. Determina também que, nas elaborações de programas para emissoras de televisão, bem como, para as rádios, deve haver o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, delegando a incumbência de determinar formas para a salvaguarda desses valores à lei federal a tarefa de estabelecer meios para a defesa desses valores (art. 220, § 3º, II).²¹⁹

Ademais, no âmbito internacional, conforme já demonstrado alhures, a liberdade de expressão possui lugar de destaque em vários tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Todavia, estes mesmos textos internacionais determinam que os Estados signatários impeçam a promoção do *hate speech*. Tal posicionamento é visivelmente utilizado pelas organizações internacionais de direitos humanos que lutam contra a utilização de forma abusiva deste direito, que por muitas vezes é utilizado para estigmatizar ainda mais os grupos minoritários de uma sociedade. E este ponto de vista pode é nítido quando se faz a leitura do artigo 4º do Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação

²¹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

²¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304

²¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304

Racial²²⁰, que determina que os Estados devam criminalizar a propagação de ideias racistas.²²¹

Ainda sobre o *hate speech*, este assunto foi discutido de forma extensa na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, que aconteceu na cidade de Durban no ano de 2001 e que destacou, tanto na sua Declaração ²²², do artigo 86 ao artigo 91, a improrrogável

²²⁰ “Art. 4º. Os Estados Membros condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, inter alia: a) A declarar, como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento. b) A declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitem à discriminação racial e que a encorajem e a declarar delito punível por lei a participação nessas organizações ou nessas atividades.”. - Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html> >. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

²²¹ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf> >. Acesso em: 21 de setembro 2018.

²²² 86. Relembremos que a disseminação de ideias baseadas na superioridade ou no ódio racial devem ser declaradas como delitos puníveis pela lei, de acordo com os princípios consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos e os direitos formalmente enunciados no artigo 5, da Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; 87. Observamos que o artigo 4, parágrafo b, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, impõe aos Estados a obrigação de se mostrarem vigilantes e de tomarem medidas contra as organizações que disseminam ideias baseadas na superioridade racial ou no ódio, atos de violência ou ao incitamento de tais atos. Estas organizações devem ser condenadas e não incentivadas; 88. Reconhecemos que os meios de comunicação devem representar a diversidade de uma sociedade multicultural e desempenham um papel na luta contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata. Neste sentido, chamamos a atenção para o poder da propaganda; 89. Lamentamos que certas mídias, ao promoverem imagens falsas e estereótipos negativos dos indivíduos e grupos vulneráveis, particularmente de migrantes e refugiados, têm contribuído para difundir os sentimentos racistas e xenófobos entre o público e, em alguns casos, têm incentivado a violência através de indivíduos e grupos racistas; 90. Reconhecemos a contribuição positiva que o exercício do direito à liberdade de expressão, particularmente, pelos meios de comunicação e pelas novas tecnologias, incluindo a Internet, e o pleno respeito pela liberdade de buscar, receber e conceder informações podem trazer para a luta contra o racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata; reiteramos a necessidade de se respeitar a independência da imprensa e a autonomia dos meios de comunicação neste sentido; 91. Expressamos profunda preocupação com relação a utilização de novas tecnologias de informação, tais como a Internet, para propósitos contrários ao respeito aos valores humanos, à igualdade, à não-discriminação, ao respeito pelos outros e à tolerância, em particular para a propagação

necessidade de contenção das expressões de cunho racista e odiosas que tem como público alvo grupos étnicos e raciais, e destacando os riscos das novas formas de expansão destas opiniões, como a internet, quanto no seu Plano de Ação²²³, do artigo

do racismo, ódio racial, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata, e que, sobretudo, as crianças e os jovens que têm acesso a este material se vejam negativamente influenciados por ele; - Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Disponível em: < <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20adotado%20pela%20Terceira%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20contra%20o%20Racismo,%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial,%20Xenofobia%20e%20Formas%20Conexas%20de%20Intoler%C3%Aancia.pdf> >. Acesso em: 09 de novembro de 2018

²²³ 143. Expressa preocupação com a progressão material do racismo, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância correlata incluindo suas formas e manifestações contemporâneas, tais como o uso de novas informações e tecnologias de comunicação, incluindo a Internet, para disseminar ideias de superioridade racial; 144. Insta os Estados e incentiva o setor privado a promoverem o desenvolvimento através da mídia, incluindo a mídia impressa e eletrônica, a Internet e a propaganda, levando-se em conta a sua independência, e através de suas associações e organizações pertinentes em níveis nacionais, regionais e internacionais, de um código de conduta ética voluntário e de medidas de auto regulação, de políticas e de práticas que visem a: (a) Combater o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância correlata; (b) Promover a representação justa, equilibrada e equitativa da diversidade de suas sociedades, bem como assegurar que esta diversidade seja refletida entre sua equipe de pessoal; (c) Combater a proliferação de ideias de superioridade racial, justificação de ódio racial e de qualquer tipo de discriminação; (d) Promover o respeito, a tolerância e o entendimento entre todos os indivíduos, povos, nações e civilizações através, por exemplo, da assistência em campanhas de sensibilização da opinião pública; (e) Evitar todo tipo de estereótipos e, particularmente, o da promoção de imagens falsas dos migrantes, incluindo trabalhadores migrantes e refugiados com o intuito de prevenir a difusão de sentimentos de xenofobia entre o público e para incentivar o retrato objetivo e equilibrado de pessoas, dos eventos e da história; 145. Insta os Estados a implementarem sanções legais, de acordo com o direito internacional relativo aos direitos humanos pertinente, contra o incitamento ao ódio racial através de novas informações e tecnologias de comunicação, incluindo a Internet, e ainda insta os Estados a aplicarem todos os principais instrumentos de direitos humanos dos quais eles sejam partícipes, em particular a Convenção Internacional pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, na luta contra o racismo na Internet; 146. Insta os Estados a incentivarem os meios de comunicação para evitarem os estereótipos baseados em racismo, discriminação racial, xenofobia e a intolerância correlata; 147. Solicita os Estados a considerarem o que se segue, levando em conta as normas internacionais e regionais existentes relativas à liberdade de expressão, quando adotarem medidas para garantir o direito à liberdade de opinião e expressão: (a) Incentivar os provedores de serviços de Internet a estabelecerem e disseminarem códigos de conduta voluntários e específicos e medidas de auto regulação contra a disseminação de mensagens racistas e de mensagens que resultem de discriminação racial, xenofobia ou qualquer outra forma de intolerância e discriminação; para este fim os provedores de Internet são incentivados a estabelecerem grupos mediadores em níveis nacionais e internacionais, envolvendo as instituições pertinentes da sociedade civil; (b) Adotar e aplicar, com maior abrangência possível, legislação adequada para se ajuizar os responsáveis pelo incitamento ao ódio racial ou à violência através das novas formas de informação e tecnologias de comunicação, incluindo a Internet; (c) Enfrentar o problema da disseminação de material racista através das novas formas de informação e tecnologias de comunicação, incluindo a Internet, inter alia, através da oferta de cursos de capacitação para autoridades e servidores em cargos de cumprimento da lei; (d) Denunciar e ativamente desencorajar a transmissão de mensagens racistas e xenófobas através de todas os meios de comunicação, inclusive das novas formas de informação e tecnologias de comunicação, tais como a Internet; (e) Considerar a possibilidade de uma resposta internacional pronta e coordenada para o fenômeno crescente da disseminação de mensagens de ódio e de material racista através das novas formas de informação e tecnologias de comunicação, incluindo a Internet; e, neste contexto, fortalecer a

143 ao artigo 147, que também estimula os Estados a incentivarem o setor privado a criarem políticas contrárias ao racismo, por exemplo.²²⁴

Outro texto internacional que tratou do assunto foi o Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Este Pacto foi categórico ao determinar que, além da liberdade de expressão poder sofrer restrições em prol do direito dos demais, bem como a reputação de terceiros, ela também pode ser limitada para que não sejam manifestas opiniões que incitam o ódio²²⁵.²²⁶

Já a Organização das Nações Unidas (ONU), decidiu de forma a restringir a liberdade de expressão, com base no artigo 19.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, no caso *Robert Faurisson vs. France*, onde Faurisson recebera uma multa por dizer

cooperação internacional; (f) Incentivar o acesso e o uso da Internet por todas as pessoas como um fórum internacional e imparcial, estando cientes de que existem disparidades no uso e no acesso à Internet; (g) Examinar formas nas quais a contribuição positiva feita pelas novas formas de informação e tecnologias de comunicação, tais como a Internet, possam ser realçadas pela reprodução de boas práticas no combate ao racismo, discriminação racial, xenofobia e a intolerância correlata; (h) Incentivar a representação da diversidade da sociedade entre o pessoal das organizações de mídia e das novas formas de informação e tecnologias de comunicação, tais como a Internet, através da promoção adequada da representação de diferentes segmentos dentro das sociedades em todos os níveis de sua estrutura organizacional; - Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Disponível em: <

<https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20adotado%20pela%20Terceira%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20contra%20o%20Racismo,%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial,%20Xenofobia%20e%20Formas%20Conexas%20de%20Intoler%C3%Aancia.pdf> >. Acesso em: 09 de novembro de 2018

²²⁴ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

²²⁵ “ARTIGO 19: 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas. ARTIGO 20: 1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra. 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.” - Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm >. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

²²⁶ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

publicamente que não existiu câmaras de gás nos campos de concentração nazistas, afirmando que as declarações feitas pelo autor incitava os sentimentos antissemitas e, desta forma, a fim de garantir o respeito aos judeus e a possibilidade de viver sem o medo destes sentimentos antissemitas, decidiu pela restrição à liberdade de expressão.²²⁷

A Corte Europeia de Direitos Humanos também já enfrentou a questão do *hate speech*²²⁸. em seu artigo 10²²⁹, a Convenção Europeia de Direitos Humanos assegura o

²²⁷ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

²²⁸ “A mais recente decisão na matéria foi o caso Roger Garaudy vs. França, apreciado em 2003. Neste julgamento, a Corte Europeia examinou a condenação de um escritor na França que publicara obra negando a perseguição aos judeus e o Holocausto. O Tribunal manteve a condenação, aduzindo que a negação do Holocausto constitui grave forma de difamação racial contra os judeus e incitação ao ódio, configurando abuso do exercício da liberdade de expressão, tal como definido no art. 17 da Convenção. Destaque-se, porém, que a Corte tem evitado as “caçadas às bruxas” praticadas em nome do combate à intolerância, buscando traçar uma fronteira entre o hate speech e a defesa de posições impopulares. Nesta linha, no caso Lehideux and Isorni vs. França, julgado em 1998, ela invalidou a condenação penal imposta pelo Judiciário francês a cidadãos que haviam defendido publicamente certos atos do Marechal Pétain, líder da França colaboracionista durante a ocupação nazista. A Corte destacou que os acusados não tinham pretendido negar ou minimizar as atrocidades nazistas, mas apenas reabilitar a figura humana de Philippe Pétain, o que não configuraria abuso da liberdade de expressão. No mesmo diapasão, ela reverteu, no caso Jersild vs. Dinamarca, decidido em 1994, a condenação criminal que fora imposta pela Dinamarca a um jornalista, por entrevistar na televisão jovens integrantes do grupo racista “camisas verdes”, que proferiram acusações desrespeitosas contra imigrantes de diversas etnias estabelecidos naquele país. A Corte ressaltou, neste julgamento, que embora as mensagens dos “camisas verdes” constituíssem manifesto abuso da liberdade de expressão, o jornalista não poderia ser punido por divulgá-las, já que não as tinha endossado. A punição do jornalista, na opinião do Tribunal, inibiria o exercício da liberdade de imprensa para tratar de temas de interesse coletivo.” - SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

²²⁹ “ARTIGO 10º Liberdade de expressão 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.” - Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 10 de novembro 2018.

direito de todas à liberdade de expressão, todavia, o item 2 prevê a possibilidade deste direito sofrer limitações previstas por leis e necessárias para o bem da sociedade.²³⁰

Por fim, no âmbito da OEA, por mais que a Corte Interamericana não tenha nenhuma decisão quanto ao assunto, a mesma vedou a possibilidade do *hate speech* no artigo 13.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos²³¹, afirmando que o incitamento ao ódio contra outras pessoas deverá ser considerado crime.²³²

Em suma, tem-se que os pactos e convenções internacionais de direitos humanos tem assumido uma postura contrária ao *hate speech*, defendendo o combate e criminalização destes discursos, bem como a não tolerância dos mesmos em nome da liberdade de expressão.²³³

Assim sendo, temos que cada ser humano tem seu Direito de Expressão, mas que este não pode ser utilizado sem observar os limites que lhe são impostos e é exatamente nesse cenário que surge umas das questões mais complexas, visto que

²³⁰ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

²³¹ “Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.” - Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em: 10 de novembro 2018.

²³² SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

²³³ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

juízes e legisladores buscam encontrar fórmulas para equilibrar os princípios constitucionais colidentes.

Segundo Rawls, é admitido de forma geral que a liberdade de consciência pode ser restringida para atender ao interesse geral na segurança e ordem pública. Primeiramente, não significa dizer que os interesses públicos tenham qualquer tipo de superioridade aos interesses morais e religiosos, nem, tampouco, implica dizer que as autoridades veem como indiferentes as questões ligadas à religião, ou requeira o direito de eliminar as opiniões filosóficas quando estas entrarem em conflito com interesses do Estado. O governo não possui aquiescência para legitimar associações, nem mesmo para torná-las ilegítimas, da mesma forma com que não possui competência no tocante à arte e à ciência. Tais matérias não estão dentro do seu campo de jurisdição, assim como é determinado por uma constituição justa.²³⁴

Mas o oposto disso deve ocorrer, com base nos princípios da justiça o Estado deve ser reconhecido como um ente criado por cidadãos iguais. As autoridades não devem cuidar de questões relacionadas a doutrinas religiosas e filosóficas, mas sim regulamenta a investigação, por parte dos indivíduos, de seus interesses espirituais e morais, conforme fundamentos com os quais eles mesmos anuiriam em uma situação inicial de igualdade. Assim o Estado age como agente dos cidadãos e atende as exigências do conceito coletivo de justiça. Consequentemente, a ideia do Estado leigo com poder absoluto é também rejeitada, tendo em vista que segundo os fundamentos da justiça, o Estado não tem direito nem dever de fazer o que ele, ou um grupo determinado deseja em relação a religião e a moral. Sua atuação deve ser no sentido de assegurar condições de igual liberdade religiosa e moral.²³⁵

Aceitando como verdade o que foi dito, parece claro que quando se restringe a liberdade por respeito ao interesse geral na ordem e segurança públicas, as autoridades atuam firmados num fundamento que seria adotado na posição original. Uma vez que estando nesta posição todos admitem que a ruptura desses requisitos estabelece uma ameaça para a liberdade de todos. Isso acontece a partir da percepção

²³⁴ RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2ª edição, São Paulo: Ática, 2000, p. 230 e 231.

²³⁵ RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2ª edição, São Paulo: Ática, 2000, p. 230 e 231.

de que a preservação da ordem pública é essencial para que todos consigam alcançar seus propósitos, sejam eles quais forem, mas contanto que estejam dentro de alguns limites, e para que cada indivíduo seja capaz de fazer a própria análise de seus deveres religiosos e morais.²³⁶

Limitar a liberdade de consciência dentro dos limites, por mais vagos que sejam, do interesse do Estado na ordem pública é uma restrição oriunda do princípio do interesse comum, ou seja, o interesse do cidadão representativo igual. O direito do Estado de preservar a segurança e a ordem pública é um direito que imputa competência, isto é, um direito que o governo deve possuir para que seja capaz de efetuar a sua obrigação de favorecer de forma equânime os requisitos indispensáveis para que todos consigam realizar seus interesses e desempenhar suas obrigações segundo o entendimento delas.²³⁷

Ademais, a liberdade de consciência não deve ser restringida sem que haja fortes indícios de que ao não o fazer poderá lesar a ordem pública que o Estado deve manter. Entretanto, essas conjecturas devem se respaldar em indícios e em um modo de raciocínio concebíveis para todos. Carecem de se basear na observação geral e nas formas de pensar que são normalmente aceitas como certas, e aqui engloba as técnicas de pesquisa científica racional que não forem questionáveis. A convicção nas coisas que podem ser determinados e aceitos por todos funda-se ela mesma nos princípios da justiça. Não implica nomeadamente nenhuma doutrina metafísica ou teoria do conhecimento, uma vez que este método se vale do fato de que todos podem aceitar. Representa, assim, uma anuência em restringir a liberdade somente por referência a um conhecimento e entendimento geral do rumo dos acontecimentos.²³⁸

A utilização deste modelo não viola a liberdade igual de nenhuma pessoa, de outra forma, o afastamento das formas de pensar normalmente admitidos implicaria em ter alguns pontos de vista em uma posição mais favorecida em desvantagem de outras, e um princípio que consentisse com esse acontecimento não mereceria ser

²³⁶ RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2^a edição, São Paulo: Ática, 2000, p. 231.

²³⁷ RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2^a edição, São Paulo: Ática, 2000, p. 231.

²³⁸ RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2^a edição, São Paulo: Ática, 2000, p. 231 e 232.

aprovado de maneira consensual na posição original. Da mesma maneira, dizer que as repercussões para a segurança da ordem pública não deveriam ser somente possíveis ou mesmo prováveis em determinados casos, mas sim razoavelmente certas ou iminentes não envolve qualquer teoria filosófica em particular. Mas, no lugar disso, essa imposição demonstra o posicionamento superior que se deve conceber à liberdade de consciência e à liberdade de pensamento.²³⁹

Desta forma, mister que se tenha uma grande atenção e cuidado quando o assunto é a restrição da liberdade de expressão e quando esta ocorre por causa do conteúdo de determinadas ideias que são manifestas. Não se pode admitir que um direito fundamental que é de tamanha relevância para que um Estado seja democrático, bem como para a autorrealização pessoal do ser humano se transforme em escravo de concepções que são politicamente corretas ou de doutrinas morais majoritárias que vigoram e mudam de acordo com o momento histórico.²⁴⁰

Muito além de defender os discursos que são aceitos com os princípios morais sustentado pela maior parte da população, a liberdade de expressão deverá proteger aquelas opiniões que chocam e agredem, pois são elas que precisam de proteção para permanecerem no espaço público. E este é o ponto que gera dúvidas e discussões no mundo acadêmico, visto que existe uma linha muito tênue entre até onde se pode limitar a liberdade de expressão com o intuito de defender os direitos fundamentais de grupos estigmatizados, mas sem que acabe por deslizar na “rampa escorregadia (*slipery slope*)” que é capaz de fazer com que a liberdade de expressão se torne refém das ortodoxias morais ou políticas de ocasião.²⁴¹

No ponto de vista de muitos Estados, como é o caso do Brasil, Portugal, bem como de toda a Europa, conforme se foi visto no capítulo em que se tratou do estudo do direito comparado, existe uma enorme apreensão para que as manifestações de cunho “odioso” não consigam se difundir entre os cidadãos e, para esses países a liberdade de expressão possui um limite bem claro que é nos crimes contra a honra,

²³⁹ RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2^a edição, São Paulo: Ática, 2000, p. 231 e 232.

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 209 e 210.

²⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 209 e 210.

quais sejam, injúria, calúnia e difamação, tendo em vista que estes são bens individuais e são, também, inerentes a dignidade da pessoa humana.

Caso o autor da manifestação pretenda, através de um discurso contrário a um certo grupo, atingir o status deste grupo perante a sociedade, não há como desvincular que, uma vez que o discurso acarreta um prejuízo no status deste grupo, acarretará, por conseguinte, em cada um dos indivíduos que fazem parte deste grupo. O fato é que cada ser humano nasce, cresce e se desenvolve inserido no meio de algum grupo social e acaba por atrair para si uma personalidade que está relacionada a este mesmo grupo do qual ele faz parte, ou seja, caso haja algum dano no estatuto de determinado grupo, bem como, um dano no seu posicionamento dentro da sociedade em que vive, por certo que essa lesão não atingirá apenas o grupo de forma generalizada, mas sim irá atingir todas as pessoas que constituem este grupo, influenciando assim, o próprio estatuto e dignidade pessoal de cada integrante deste grupo.²⁴²

As manifestações que fomentam o ódio, que são expressas através de discursos misóginos, racista, homofônicos ou xenófobos, tem o intuito de fazer uma segregação e estigmatização das pessoas que fazem parte deste grupo ao qual as manifestações se aplicam. Ou seja, através desta segregação e estigmatização, todos aqueles que pronunciam tal discurso, visam se opor a um regime de isonomia entre eles e os indivíduos que são alvos dos discursos de ódio ao qual a manifestação tende atingir. Colocando, desta forma, a igual dignidade da pessoa humana em causa, mesmo sendo este um valor essencial, conformador e central de todo e qualquer ordenamento constitucional.²⁴³

Todavia, não se pode olhar de forma desatenta para a liberdade de expressão, pois, uma vez que este direito é um direito que dá liberdade de conteúdo, são abrangidas pela liberdade de expressão não apenas as declarações de convicções que vão ao encontro da ordem legal e democrática implementada pela constituição, mas

²⁴² MEIRA, Miguel Salgueiro. **Limites à Liberdade de Expressão nos Discursos de Incitamento ao Ódio.** Verbojuridico. Disponível em: <
http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf >. Acesso em: 06 de julho 2018, p. 10.

²⁴³ MEIRA, Miguel Salgueiro. **Limites à Liberdade de Expressão nos Discursos de Incitamento ao Ódio.** Verbojuridico. Disponível em: <
http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf >. Acesso em: 06 de julho 2018, p. 10.

do mesmo modo, aquelas posições antagônicas a essa ordem devem ser salvaguardadas. Assim sendo, caso haja a censura de opiniões por ser esta divergente ao politicamente correto seria o mesmo que formular delitos de opinião, o que é expressamente ilegal.²⁴⁴

Não há como se conceber a ideia de restringir a liberdade de uma pessoa de expressar sua opinião simplesmente porque tal ponto de vista pode ser considerado como algo antidemocrático ou atenta contra a moral humanista ocidental.²⁴⁵

Isto posto, nem mesmo se uma pessoa estiver fazendo um discurso de exaltação, bem como defendendo a instalação de uma ditadura, por exemplo, por mais repulsiva que possa parecer tal ideia, ela não deverá ser silenciada do espaço público, mas sim deverá ser respeitada como um exercício legítimo de opinião em um Estado que se quer democrático.²⁴⁶

Podemos concluir, então, que a liberdade de expressão deverá existir independente de intervenção estatal, se um Estado pretende ser democrático. Isso não quer dizer que se, por exemplo, um indivíduo fizer o discurso com o intuito de trazer desordem pública o mesmo deverá passar ileso sob o argumento de que está protegido pela liberdade de expressão.

Caso isso ocorra, deverá o Estado se ater apenas no crime praticado a luz do código penal vigente. Porém, o crime não deverá ser majorado porque o agente tem opiniões diversa da aceita pela maioria, sob pena de incorrer em criação de um crime de delitos de opinião, que são manifestamente proibidos.

Desta forma, esse limite tem que se conter apenas aos que desejam através do discurso fazer com que as pessoas se digladiem e não aos que expõe seu pensamento

²⁴⁴ MEIRA, Miguel Salgueiro. **Limites à Liberdade de Expressão nos Discussos de Incitamento ao Ódio.** Verbojuridico. Disponível em: <
http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf >. Acesso em: 06 de julho 2018, p. 11.

²⁴⁵ MEIRA, Miguel Salgueiro. **Limites à Liberdade de Expressão nos Discussos de Incitamento ao Ódio.** Verbojuridico. Disponível em: <
http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf >. Acesso em: 06 de julho 2018, p. 12.

²⁴⁶ MEIRA, Miguel Salgueiro. **Limites à Liberdade de Expressão nos Discussos de Incitamento ao Ódio.** Verbojuridico. Disponível em: <
http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/miguelmeira_limitesliberdadeexpressao.pdf >. Acesso em: 06 de julho 2018, p. 12.

de forma pacífica, mesmo que tal pensamento possa parecer algo não democrático e cheio de preconceito.

4.3 A Liberdade de Expressão nos Discursos do Ódio e a Dignidade do Ofendido: Qual Direito Deve Prevalecer?

O tema envolvendo o conflito entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio tem gerado discussões entusiasmadas em todo o mundo. As cortes constitucionais e as supremas cortes de vários países já dispuseram seus entendimentos referente ao tema, bem como instancias internacionais de direitos humanos. Para alguns a liberdade de expressão vai além da defesa de ideias que nos parecem simpáticas e estão de acordo com os interesses da maioria, mas mais que isso, essa liberdade deverá proteger as ideias que menosprezamos ou abominamos, como os discursos racistas. E neste sentido, a solução para que as más ideias não se propagem de forma a se tornar uma verdade é a propagação de boas ideias, ou seja, a solução é o debate e não a censura.²⁴⁷

Ora, não se pode enxergar uma grande funcionalidade no direito à liberdade de expressão quando esta garante apenas que opiniões convencionais, que já são aceitas pela maioria e politicamente corretas tenham espaço no discurso público. A liberdade de expressão deve se curvar a um bem maior que é dar voz àqueles que pensam de forma diferente, que estão contracorrente, este direito deve garantir a liberdade de todos os indivíduos se expressarem de acordo com sua consciência, com autonomia e não apenas serem repetidores das ideias que são impostas pela maioria, só assim o ser humano vai se sentir completo em sua existência e o debate poderá ser livre afim de que cada cidadão formule sua própria convicção com base nas ideias expostas.

Entretanto há quem defenda que os discursos que pregam a intolerância não devem encontrar guarida no ordenamento jurídico pois acreditam que tais ideias infringem alguns princípios fundamentais da consciência social como é o caso da

²⁴⁷ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 209.

igualdade e da dignidade da pessoa humana, atingindo, assim, os direitos fundamentais das vítimas desse discurso.²⁴⁸

Para Ronald Dworkin, é fundamental que haja uma defesa a qualquer espécie de manifestação, sendo que para ela até mesmo os discursos proferidos por integrantes da Ku Klux Klan, partidos nazistas ou os sexistas dogmáticos, ou seja, deverá defender ideias que odiamos. Essa deverá ser a forma de atuação do Estado sempre que se tratar de uma sociedade liberal, pois esta tem o dever de promover a responsabilidade moral individual e é certo que nenhum tipo de censura pode se conciliar com esse dever social.²⁴⁹

E, conforme dito alhures, para Dworkin, as autoridades decepcionam e menosprezam um elemento essencial da personalidade moral sempre que impede que os indivíduos tenham o direito de exercerem seus próprios interesses e fundamentam tal restrição no fato de que certas opiniões possam as diminuir como seres humanos. Do mesmo modo que o governo desempenha sua autoridade política sobre cidadãos e requer deles respeito político, ele não tem o direito de recusar qualquer um dos fatores da personalidade moral do ser humano, por mais que as ideias que os indivíduos desejem manifestar sejam consideradas abjetas.²⁵⁰

Entretanto há de se mencionar que a liberdade de expressão não é um direito ilimitado, ela encontra alguns limites, como por exemplo, se alguma pessoa gritar “fogo” em um teatro lotado com o intuito de causar confusão, essa pessoa terá que responder por seus atos, conforme entendimento do juiz norte-americano Oliver Wendell Holmes, todavia a solução para esse abuso no exercício do direito não é a censura e sim o direito de resposta e posterior responsabilização do sujeito que infringiu indevidamente os direitos de terceiros.²⁵¹

²⁴⁸ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 209.

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 327.

²⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 320.

²⁵¹ SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão: Quando a censura veste toga. Observatório da Imprensa**, São Paulo, edição 610. Disponível em: < <http://observatoriodaimprensa.com.br/caderno-da-cidadania/quando-a-censura-veste-toga/>>. Acesso em: 13 de agosto 2018.

Já Stanley Fish²⁵², tem um pensamento contrário, segundo ele, a liberdade de expressão não é e não pode ter um valor autônomo, mas sim encontrar sua consolidação dentro do contexto de uma concepção de bem já presumida e necessitará se submeter perante outros bens em caso de conflito. ²⁵³

Jeremy Waldron também tem o pensamento contrário ao de Dworkin. Segundo ele, não é possível que uma sociedade seja bem-ordenada se esta mesma sociedade permite que os cidadãos se manifestem de forma favorável ao ódio racial ou religioso, tendo em vista que, para ele, uma sociedade bem-ordenada deve amplamente e efetivamente governada por uma concepção de justiça. ²⁵⁴

Ou seja, Waldron acredita que um dos requisitos para que uma sociedade seja bem-ordenada é, ou a restrição dos discursos do ódio contra grupos estigmatizados, ou que os intolerantes e racistas renunciem a sua missão e passem a concordar com os princípios básicos de justiça e de igual respeito, pelos quais possuíam aos quais tinham repulsa. ²⁵⁵

Já no que tange a pornografia e outros meios de expressão que ultrajam pessoas do sexo feminino, pessoas como Catharine MacKinnon²⁵⁶, Frank Michelman²⁵⁷, dentre outros, utilizam-se de um argumento semelhante ao de Stanley Fish, em favor da censura. Ou seja, quem defende a censura no tocante a determinados atos de exposição contra a figura feminina, justifica que essa restrição deve haver pois as mulheres de um modo geral são mais participativas na vida política quando não são insultadas por expressões ofensivas, desta forma, acreditam que no que se refere a vida política das mulheres a meta instrumental da democracia operante se torna mais próxima quando a liberdade de expressão deixa de ser defendida e passa a ser limitada. ²⁵⁸

²⁵² Stanley Fish é um importante teórico literário e acadêmico estadunidense e ele está entre os mais importantes críticos do poeta inglês John Milton.

²⁵³ Stanley Fish *apud* DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 327 e 328.

²⁵⁴ WALDRON, Jeremy. **The Harm in the Hate Speech**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012, p.77 e 78.

²⁵⁵ WALDRON, Jeremy. **The Harm in the Hate Speech**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012, p.77 e 78.

²⁵⁶ Catharine MacKinnon Alice é uma americana feminista.

²⁵⁷ Frank Isaac Michelman é Professor da Harvard University

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 327 e 328.

Declaram que certas atitudes, como proibir que certos materiais, como por exemplo, algum que dissesse que mulheres são apreciadoras da dor, da humilhação ou do estupro, não geraria um descomprometimento com a democracia, mas pelo contrário, estaria melhorando-a, tendo em vista que essa espécie de literatura acaba por silenciar as mulheres bem como reduz a voz e o papel que elas ocupam na política democrática.²⁵⁹

Todavia, este tipo de censura não tem apenas pontos positivos e é necessário um exame dos pontos negativos que tal censura poderá trazer para a sociedade.

Caso essa censura fosse realmente praticada e leis antipornográficas passassem a vigorar, seria possível que os jurados de ações judiciais cíveis conseguissem acabar com um produtor ou distribuidor cinematográfico simplesmente se chegassem ao entendimento de que um criminoso, como por exemplo um estuprador, apenas agiu daquela forma porque assistiu a determinado filme e que este filme, que é objeto da lei em questão, foi um incentivador para que o delinquente agisse de tal forma e, os jurados que repudiam a pornografia violenta, poderiam acabar por consentir com esta argumentação sem que haja, sequer, um estudo apropriado e que fosse capaz de comprovar com segurança que houve uma conexão causal entre o tal filme pornográfico e a violência em si.²⁶⁰

Mister esclarecer que a censura não atinge unicamente o direito dos detentores dos veículos de comunicação, ou das pessoas que se veem impossibilitados de se expressarem, mas lesiona acima de tudo o direito da coletividade que perde a oportunidade de tomar conhecimento de diversas ideias, informações e opiniões que são fundamentais para que cada ser humano seja capaz de ouvir, debater e então, de forma livre e autônoma, criar seu próprio entendimento e tomar suas decisões, como um agente moral que é.²⁶¹

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 327 e 328.

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-americana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 329.

²⁶¹ SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão: Quando a censura veste toga. Observatório da Imprensa**, São Paulo, edição 610. Disponível em: < <http://observatoriodaimprensa.com.br/caderno-da-cidadania/quando-a-censura-veste-toga/>>. Acesso em: 13 de agosto 2018.

Mesmo se a censura fosse implantada de forma bem intencionada, ela seria, ainda sim, antidemocrática, uma vez que trata o cidadão como se o mesmo fosse imaturo, tendo em vista que pressupõe que ele não possui competência para considerar o que é bom e o que não é e por este motivo deverá ser impossibilitado de ouvir determinadas ideias ou informações por estas parecerem erradas ou perigosas.²⁶²

Robert Post, também possui o entendimento de que para que haja democracia e autogoverno deve haver também um espaço para a cooperação dos cidadãos para que seja criado a vontade comum por meio da apresentação das próprias opiniões, e desta forma defende que não deve haver restrição ao *hate speech* no que concerne ao debate público. Desta forma, na visão de Robert Post, a proibição das manifestações com cunho xenófobo, racista etc., eliminando do espaço público, assim, os seus defensores, acaba por abalar a integridade da democracia. Para ele, deve haver um princípio meramente formal de igualdade na esfera do discurso público, sendo que nestes espaços públicos qualquer um deverá ser possuidor do direito de externar suas opiniões e não seguir uma corrente de concepção substantiva da isonomia, que entende que uma pessoa deve ser impedida de se pronunciar por ter uma expressão alcunhada odiosa.²⁶³

Assim sendo, o Estado deve se condicionar a ter uma postura imparcial no tocante às inúmeras perspectivas substantivas que concerne ao modo como se deve estruturar a vida em sociedade, uma vez que tais conceitos devem surgir do próprio embate social. Ou seja, deverão deixar os cidadãos tomarem suas próprias escolhas e decisões e não materializarem formas de censura prévias impostas pelo Estado aos que desejam se manifestarem, tendo como fundamento da limitação os modelos de civilidade e moralidade que são escolhidos pela maioria.²⁶⁴

Todavia Robert Post não defende a falta de restrição ao *hate speech* de forma não crítica e sem fazer ressalvas, ao contrário, ele reconhece o caráter problemático desta

²⁶² SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão: Quando a censura veste toga**. Observatório da Imprensa, São Paulo, edição 610. Disponível em: < <http://observatoriodaimprensa.com.br/caderno-da-cidadania/quando-a-censura-veste-toga/>>. Acesso em: 13 de agosto 2018.

²⁶³ Robert Post *apud* SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 239 e 240.

²⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 239 e 240.

teoria concordando com o fato de que a cessação das normas de civilidade é capaz de afetar a eficiência que o discurso público tem de propiciar uma deliberação racional. Entretanto essa crítica não o faz mudar de ideia, tendo em vista que no cenário de uma sociedade plural e heterogênea, formada pelas mais diversas culturas, sendo que cada cultura possui normas de civilidade próprias, a suspensão dessas normas de civilidade são ainda sim mais fundamentais do que os pontos negativos existentes, uma vez que essa restrição que irá promover as relações entre os indivíduos, bem como fazendo com que eles discutam sobre as limitações e expectativas que existem na cultura de cada sociedade, o que possibilitará, através do debate livre, a existência de um pensamento crítico no tocante aos valores e tradições comunitárias.²⁶⁵

Desta forma, não há como se negar que a proibição da divulgação de pontos de vista mesmo os que são abomináveis, como as latentes no *hate speech*, estará atingindo de forma negativa a autonomia individual tanto das pessoas que compartilham da opinião e são privadas de expressá-las aos seus pares, quanto dos membros da sociedade, que se verão desprovidos do acesso a estas informações que foram silenciadas. Ademais, este dano sofrido no ponto de vista da autonomia individual dos indivíduos que são o alvo destes discursos deverá ser relacionado com a conquista que se adquire em relação a este mesmo valor no que se refere não apenas à autonomia e autorrealização das pessoas que desejam expor estas expressões cheias de ódio, intolerância e preconceito, mas também dos demais integrantes da sociedade.²⁶⁶

Outra questão importante envolvendo a liberdade de expressão é a sua indiscutível ligação com a tolerância. Tal conexão existe pois, quando se tem liberdade de expressão, a sociedade se vê obrigada a respeitar e tolerar a opinião dos outros, uma vez que todos têm o direito de manifestarem seus pontos de vista, mesmo que estas ideias não agrade a maioria da população.²⁶⁷

²⁶⁵ Robert Post *apud* SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 239 e 240.

²⁶⁶ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 242 e 243.

²⁶⁷ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf> >.

Acesso em: 21 de setembro 2018.

Em uma sociedade em que há pluralidade de ideias e é patente uma grande desavença moral, a tolerância é uma qualidade essencial aos seres humanos e não só para a defesa da estabilidade, mas também para a promoção da justiça e, apesar de se saber que as guerras religiosas que ocorreram nos séculos XVI e XVII entre católicos e protestantes terem devastado a Europa, a tolerância ainda é uma questão que necessita ser salientada e que a civilização ocidental vem aprendendo aos poucos. É preciso aprender a aceitar e respeitar as pessoas nas suas diferenças, entender que cada ser humano tem o direito de viver a vida da forma que lhe convier. Essa tolerância está se tornando cada vez mais importante para o bom funcionamento da sociedade, uma vez que tem crescido cada vez mais a diversidade cultural, étnica e religiosa que define a vida nas sociedades modernas.²⁶⁸

E falando sobre a intolerância, John Rawls defende a ideia de que um grupo de pessoas intolerantes não possuem o direito de protestar quando uma liberdade igual a sua é rejeitada, e isso acontece pois, um indivíduo só tem o direito de reclamar as atitudes de terceiros quando estas atitudes estão em consonância com as convicções que esta pessoa tomaria em situações análogas, só assim se justificaria suas ações para com os outros. Uma pessoa só pode censurar uma outra pessoa caso haja uma violação aos princípios que ela mesma reconhece, não há como exigir do outro algo que não se faz. “Uma acusação é um protesto dirigido de boa-fé a outro. Exige a violação de um princípio que as duas partes reconhecem.”²⁶⁹

Pode-se concluir, desta forma, que por mais que os indivíduos que são intolerantes não possuem o direito de denunciar a intolerância, a sua liberdade não deve ser limitada, a não ser que os tolerantes comecem a perceber, com sinceridade e razão, que a não privação da liberdade dos intolerantes estará colocando em risco a própria segurança, bem como das instituições de liberdade. É somente nesses casos que os tolerantes teriam a possibilidade de limitar os direitos dos intolerantes, pois o princípio que deve orientar as sociedades é o de se instaurar uma constituição justa e

²⁶⁸ SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 21 de setembro 2018.

²⁶⁹ RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2ª edição, São Paulo: Ática, 2000, p. 236.

que defenda as liberdades da cidadania igual. As pessoas que são justas devem se direcionar pelos princípios da justiça e não porque aos injustos não é conferido o direito de protestar. Por fim, mister destacar quando a liberdade do intolerante só deverá ser restringida para a defesa de uma constituição justa, sendo que a restrição dos direitos do intolerante não se justifica em prol da maximização da liberdade. Não se pode conceber a ideia de que para garantir uma maior liberdade a determinadas pessoas, um outro grupo de indivíduos terá a sua liberdade extinta. A ideia de justiça não coaduna com essa forma de pensar no que tange a liberdade, do mesmo modo que não permite em relação à soma das vantagens. A liberdade do intolerante deverá ser restrita somente para salvaguardar a liberdade igual em uma constituição justa, cujos princípios até mesmo os intolerantes admitiriam na posição original.²⁷⁰

Tem-se por certo que, responder o intolerante com a mesma intolerância é uma atitude pobre, moralmente falando, e provavelmente inadequada politicamente. Não há uma garantia total de que se uma pessoa, que é intolerante, for recebida em um ambiente onde há liberdade irá se converter ao valor ético do respeito e aceitação das opiniões que não coincide com as suas. Entretanto, é incontestável que se a pessoa intolerante passar a ser perseguido, ela, em nenhum momento, se transformará em um liberal. Tem mais valia uma liberdade expansiva, mesmo que sempre esteja em perigo, do que uma liberdade velada, mas impedida de se aperfeiçoar. Uma liberdade que não é capaz de se renovar irá se transformar, mais cedo ou mais tarde, em uma nova escravidão.²⁷¹

Neste mesmo sentido, Lee Carroll Bollinger²⁷², acredita que a liberdade de expressão define uma área onde os indivíduos são compelidos a serem tolerantes com expressões e opiniões que por diversas vezes são detestadas por eles, desta forma acabam melhorando sua habilidade de autocontrole emocional. Assim sendo, a liberdade de expressão acaba por ajudar em outras áreas das relações humanas, visto que faz com que o cidadão exercite sua capacidade de tolerância e essa tolerância

²⁷⁰ RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2^a edição, São Paulo: Ática, 2000, p. 239 e 240.

²⁷¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1990, p. 214.

²⁷² Lee Carroll Bollinger é um americano, advogado, educador e estudioso notável da Primeira Emenda e da liberdade de expressão.

treinada acabará por incorporar na vida das pessoas que a utilizarão em outros campos, mesmo que nestes outros campos não haja os mesmos limites jurídicos.²⁷³

Para solucionar os problemas de injustiça que afetam a estrutura dos grupo minoritários, bem como a ausência de reconhecimento deles no meio social em que vivem é primordial que sejam elaboradas praticas públicas enérgicas, como por exemplo as políticas de ação afirmativa, com o intuito de diminuir as desigualdades sociais que afligem muitas minorias e, em conjunto, criar hábitos, por meio de campanhas públicas e da educação, de forma a fazer com que a comunidade seja mais tolerante e estime pela heterogeneidade da população, uma vez que é óbvio que apenas a restrição do *hate speech* não irá solucionar os problemas das injustiças contra as minorias.²⁷⁴

Ademais, se as autoridades resolvessem censurar e reprimir todas as práticas em que houvesse vestígios de preconceitos e intolerância contra as minorias estigmatizadas, não haveria quase nenhum discurso para ser prolatado e, como consequência, o espaço público seria empobrecido, com uma sociedade amordaçada, sem espontaneidade e onde iriam imperar de forma absoluta os censores de Platão, sejam eles, administradores ou juízes politicamente corretos. O sonho de uma sociedade onde há o respeito mútuo entre os seus cidadãos iria se transformar em uma infeliz distopia de uma sociedade conformista e sem vitalidade, cativa de ortodoxias morais inquestionáveis.²⁷⁵

Por derradeiro, chega-se ao entendimento de que os benefícios de se tolerar a liberdade de expressão transcendem os malefícios que ela traz ao se exagerar na sua utilização. E, de acordo com Amartya Kumar Sen²⁷⁶, a liberdade de expressão é fundamental pois ela contribui até mesmo para diminuição de catástrofes naturais como a fome coletiva, já que através dessa liberdade se é revelado as formas pelas

²⁷³ Lee Carroll Bollinger *apud* SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 245.

²⁷⁴ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 248.

²⁷⁵ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 257.

²⁷⁶ Amartya Kumar Sen é um economista indiano laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel de 1998 pelos seus contributos para a teoria da decisão social, e do *Welfare state* (também conhecido como estado providência).

quais aqueles que têm pouco acabam explorando aqueles que nada têm. A censura à liberdade de expressão é um episódio corriqueiro, principalmente nos regimes totalitários, como o comunista e o nazista, que ocorreram no século XX, uma vez que esses tipos de governo possuem nas suas inspirações de base, o desprezo e a ojeriza pela tolerância, diversidade, pluralismo e pela autonomia das pessoas.²⁷⁷

²⁷⁷ Amartya Kumar Sen *apud* STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317, p. 316 e 317.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que a sociedade precisa romper com o seu temor sobre a discussão dos mais diversos temas, até mesmo aqueles que são considerados odiosos pela maioria das pessoas. Somente a partir de um diálogo franco com exposição de todos os pontos de vista é que se poderá conquistar a verdade que se pretende.

É inadmissível que o Estado através de suas concepções de certo e errado venha limitar os indivíduos a se expressarem e pensarem da forma que melhor lhes convier. Como vimos, a liberdade de expressão não é absoluta, encontrando alguns limites. Contudo esses limites não devem ser maximizados a fim de silenciar os discursos “politicamente incorretos”, pelo contrário, eles devem ser estritos apenas aos discursos que geram imediata reação violenta e a desordem pública, conhecidos como *fighting words* pela jurisprudência norte-americana. Todavia, tal penalização tem que ser de forma igualitária, ou seja, não pretendendo punir apenas as ideias repudiadas pela maioria da sociedade. Uma vez que não pode haver disparidade no tratamento dado aos discursos.

Na maioria das vezes, ao se declamar, emocionadamente, uma poesia ou fazer um protesto através de um ato simbólico, como a queima de uma bandeira, surtirá o mesmo efeito de mil argumentos proclamados em um espaço público e ao exigir que estas manifestações se contenham nos limites das regras de civilidade da cultura dominante é o mesmo que castrá-las.

Toda ideia poderosa e controversa tem potenciais efeitos negativos sobre a autoestima de alguém, ou seja, é inevitável não atingir negativamente a pelo menos uma pessoa ao se prolar um discurso que não seja aceito por todos. Contudo, não cabe ao Estado infantilizar os seus cidadãos e proibir a exposição das mais diversas opiniões.

O Estado ao assumir uma postura paternalista tem feito que seus cidadãos não aprendam a ouvir palavras contrárias ao seu entendimento, gerando uma grande intolerância em relação aos diferentes e uma fragilidade emocional nas pessoas, que

ao se depararem com uma situação adversa corre para os “braços do Estado” como uma criança corre para os braços do pai, a fim de encontrarem alento.

Pode-se chegar à conclusão de que na tentativa incansável de se defender as pessoas que fazem parte de um Estado, este acaba por fazer com que as mesmas não tenham a sua forma própria de pensar, não buscando assim a verdade real e sendo sempre vítima do mercado.

Não se pode aceitar que haja uma massificação de opiniões que os governantes entendem como certo e a completa extinção das opiniões diversas. É necessário que haja um debate livre a fim de se chegar à tão desejada verdade.

Compromete a integridade da democracia proibir as expressões “odiosas”, tais como as cheias de racismo ou xenofobia, retirando assim, os seus defensores do espaço público, uma vez que a esfera de discurso público tem de se basear num princípio meramente formal de igualdade, em que todos tem a capacidade de expor suas ideias, e não em uma perspectiva substantiva da isonomia como a que proíbe a manifestação do racismo, por exemplo.

Ora, se a liberdade de expressão serve apenas para garantir o direito daqueles que possuem um discurso que está de acordo com o que é aceito pela maioria e pelos governantes, tal liberdade não passa de um direito utópico que foi positivado mas na verdade não existe, uma vez que só se pode expressar aqueles pensamentos “politicamente corretos”.

Mas pelo contrário, a liberdade de expressão deve servir para proteger todo e qualquer discurso, principalmente aqueles que não são aceitos pela maioria. No espaço público deve haver lugar para todos manifestarem seus pontos de vista sem restrição, cabendo a cada cidadão distinguir o que é bom do que não é, e não ao Estado.

Temos desta forma, que para a existência de um verdadeiro Estado democrático de direito é necessário um espaço público fortalecido, aberto e que admita um confronto franco e liberal das ideias ali expostas e não a limitação a liberdade de expressão.

BIBLIOGRAFIA

Acórdão n.º 258/2006. Disponível em < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/633942/details/maximized> >. Acesso em: 07 de outubro 2018.

Acórdão n.º 254\2011. Disponível em < <https://dre.pt/pesquisa/-/search/2946193/details/maximized> >. Acesso em: 08 de outubro 2018.

Acórdão n.º 376 U.S. 254 (1964). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/> >. Acesso em 25 de setembro de 2018.

Acórdão n.º 567 U.S. ____ (2015). Disponível em: < https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf >. Acesso em 10 de novembro de 2018.

ALEXANDRINO, José Melo. **O Âmbito Constitucionalmente Protegido da Liberdade de Expressão**. Média, Direito e Democracia. Lisboa: Almedina, 2014. p. 41-66.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Disponível em: < https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf >. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026> >. Acesso em: 30 de agosto de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A Morte Como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no final da Vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v.38: 235-274, 2010. Disponível em: < <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530/9930> >. Acesso em: 12 de novembro de 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

CONSTANTINO, Rodrigo. **O Legado de Milton. Gazeta do Povo.** Disponível em: < <https://www.gazetadopovo.com.br/rodrigo-constantino/artigos/o-legado-de-milton/>>. Acesso em: 14 de setembro de 2018.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 27 de setembro 2018.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em: 10 de novembro 2018.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: < https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf >. Acesso em: 10 de novembro 2018.

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html> >. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia - 1776. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html> >. Acesso em: 10 de novembro 2018.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão - 1789. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> >. Acesso em: 10 de novembro 2018.

Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Disponível em: < <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20adotado%20pela%20Terceira%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20contra%20o%20Racismo,%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial,%20Xenofobia%20e%20Formas%20Conexas%20de%20Intoler%C3%A2ncia.pdf> >. Acesso em: 09 de novembro de 2018

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: < <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> >. Acesso em: 10 de novembro 2018.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**; tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão de tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norteamericana**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Habeas Corpus 82.424/RS, disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs> >. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

HEYMAN, Steven J.. **Free Speech and Human Dignity**. Yale University Press, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: 70, 2007.

KARNAL, Leandro. PURDY, Sean. FERNANDES, Luiz Estevam. MORAIS, Marcus Vinícius de. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. São Paulo: Contexto, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Tradução de Anuar Aiex. São Paulo: Nova Cultura Ltda., 1999.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Boletim da Faculdade de Direito; Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MEIRA, Miguel Salgueiro. **Limites à Liberdade de Expressão nos Discussos de Incitamento ao Ódio. Verbojuridico**. Disponível em: < http://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/miguelpmeira_limitesliberdadeexpresao.pdf >. Acesso em: 06 de julho 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MCCRUDDEN, Christopher. **Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights**. Disponível em: < <http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf> >. Acesso em: 12 de novembro 2018.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: V. 1 – Dignidade e Direitos Fundamentais**, Coimbra, Almedina, 2015.

Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm >. Acesso em: 09 de novembro de 2018.

RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2ª edição, São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.487.089 - SP (2014/0199523-6). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf>. Acesso em: 10 de outubro 2018.

RÊGO, Raul. **Os Índices Expurgatórios e a Cultura Portuguesa**. Biblioteca Breve; Série Pensamento e Ciência. Instituto de Cultura e Língua Portuguesa: Lisboa, 1982.

SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. Disponível em: < <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf> >. Acesso em: 21 de setembro 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão: Quando a censura veste toga. Observatório da Imprensa**, São Paulo, edição 610. Disponível em: < <http://observatoriodaimprensa.com.br/caderno-da-cidadania/quando-a-censura-veste-toga/> >. Acesso em: 13 de agosto 2018.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Simone. **A Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 217-258.

STIGERT, Bruno. **Liberdade de Expressão**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador); CULLETON, Alfredo (coordenador-adjunto). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010. p. 314-317.

The Canadian Charter of Rights and Freedom. Disponível em: <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

The Constitution of the United States. Disponível em: <<http://constitutionus.com/>>. Acesso em: 22 de setembro 2018.

WALDRON, Jeremy. **The Harm in the Hate Speech**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012, p.77 e 78.